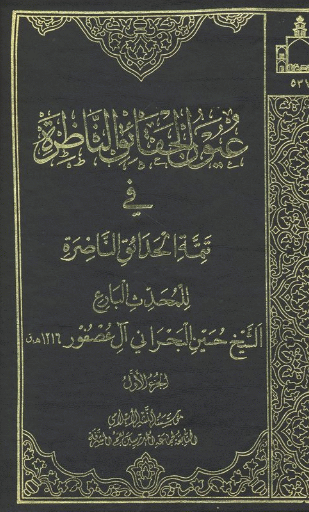
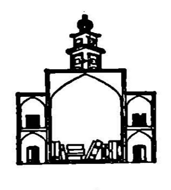

٥٣٧
عيون الحقائق الناظرة
في
تتمة الحدائق الناضرة
للمحدث البارع
الشيخ حسين البحراني آل عصفور ١٢١٦ هـ.ق
الجزء الأول
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

Bahran



٥٣٧



في

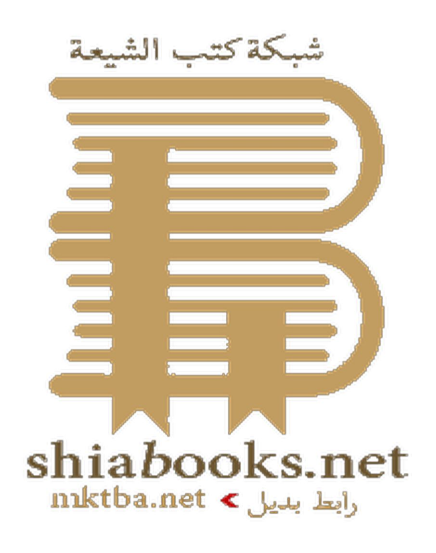
تتمة الحدائق الناضرة

للمحدث البارع

الشيخ حسين البحراني آل عصفور ١٢١٦ هـ.ق

الجزء الأول

مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



الكتاب : عيون الحقائق الناظرة في تتمّة الحدائق الناضرة (ج١)

المؤلف : الفقيه المحدّث الشيخ حسين بن محمّد آل عصفور البحراني

الموضوع : فقه **اللغة :** عربي

عدد الاجزاء : جزءان **عدد الصفحات :** ٤٦٠

الناشر : مؤسّسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

الطبع : مطبعة مؤسّسة النشر الاسلامي

الطبعة : الاولى **المطبوع :** ٢٠٠٠ نسخة

التاريخ : ١٤١٠ هـ . ق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله ربّ العالمين والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد وآله الطيبين المنتجبين.

لا يخفى على ذوي الألباب ما لعلم الفقه من الأهمّيّة في نظر الدين الاسلامي باعتباره القانون الالهي الذي يعني بتنظيم شؤون الحياة بجميع أبعادها، وعلماء الدين وفقهاء المذهب قد بذلوا في مختلف جوانب الفقه جهوداً جبّارة ومساعي مشكورة، حيث ألّفوا العديد من المصنّفات والموسوعات في هذا الحقل، و من جملتها كتاب الحدائق الشهير للمحدّث البحراني قدس سره الذي حال الأجل بينه وبين إتمامه، فقام بتتميمه ابن أخيه وتلميذه العلّامة الخبير الشيخ حسين بن محمّد آل عصفور تغمّده الله برحمته فأكمل به مانقص من كتاب الظهار الى آخر الكفّارات وسمّى كتابه بـ «عيون الحقائق الناظرة في تتمّة الحدائق الناضرة».

و لمّا كانت مؤسّسة النشر الاسلامي قد قامت بنشر كتاب الحدائق ضمن خمسة وعشرين مجلّداً، وتعميماً للفائدة تصدّت لنشر كتاب العيون حيث بذلت الوسع في تحقيقه واستخراج مصادره، وقد بذل الأخ الألمعي الحاج كمال الكاتب حفظه الله تعالى جهوداً مضنية لاخراجه بهذه الصورة سائلة الله أن يوفّقه وإيّاها لخدمة العلم وأهله، وما توفيقنا إلّا بالله العزيز.

مؤسسة النشر الاسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على جزيل نواله، والصلاة والسلام على خير خلقه محمّد وآله .

وبعد ، فهذه لمحة خاطفة عن مصنّف هذا الكتاب على أبلغ ما يكون به الايجاز جاز فنقول :

أما نسبه :

فهو العلّامة العارف والآية العظمى فخر الملّة والشريعة الشيخ حسين ابن المحقّق البارع الشيخ محمّد ابن الآية الفاخرة والحجّة الباهرة الشيخ أحمد ابن الشيخ إبراهيم ابن الحاج أحمد بن صالح بن أحمد بن عصفور بن أحمد بن عبد الحسين بن عطيّة بن شيبة الدرازي ابن الأمير هلال ابن الأمير موسى ابن الأمير حسين ابن الأمير مانع ابن الأمير عصفور ابن الأمير راشد بن عميرة بن سنان بن غفيلة بن شبانة بن عامر ابن عوف بن مالك بن عوف بن عامر بن عقيل بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة بن معاوية بن بكر بن هوازن بن سليم بن منصور بن عكرمة بن خصفة بن عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان جدّ النبي صلى الله عليه وآله .

وهو ابن أخ الشيخ يوسف ـ قدس سره ـ مصنّف كتاب «الحدائق الناضرة» وتلميذه وأحد المجازين بإجازته المبسوطة الموسومة بـ «لؤلؤة البحرين» .

وأما كلمات الاطراء والثناء عليه :

فلم يكد يخلو كتاب من كتب التراجم إلّا النزر الشاذ من جمل الثناءعليه وإطرائه والاشادة بعلو ّ كعبه في المعقول والمنقول وسمو ّ درجته في الفقهوالحديث والاصول حتى عده بعضهم من المجددين للمذهب على رأس المائة الثانية بعدالألف كما ألمح إليه العلّامة الأميني في شهداء الفضيلة .

قال في ترجمته المحقّق المتبحّرالسيّد محسن الأمين في أعيان الشيعة: كان متبحّراً في الفقه والحديث طويل الباع كثير الاطّلاع، انتهت اليه الرئاسة والتدريس.

وقال عنه العلّامة البحّاثة الشيخ آقا بزرك الطهراني في الكرام البررة: كان من المصنّفين المكثرين المتبحّرين في الفقه والاصول والحديث وغيرها .

إلى غير ذلك من الأقوال التي يقف عليها المتتبّع .

مؤلفاته ومصنفاته :

كان ـ قدس سره ـ من المكثرين المجيدين والمصنّفين المتبحّرين حيث نمقت براعته في أكثر العلوم الشرعيّة كالتفسير والحديث والأدب والشعر واللغة والكلام والمراثي ، كما هو مثبت في تراجم مترجميه ما يعد ّ من الرعيل الأول ، حيث أتى ببينات فكره الصائب ودقّة ذهنه الوقّاد ما يبهر العقول ويخلب الأنظار، ومن عجائب أمره أنّه كان يملي كتبه الاستدلاليّة الموسّعة كأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع للفيض الكاشاني ورواشح العناية الربّانيّة في شرح الكفاية الخراسانيّة و كتاب السوانح النظريّة في شرح البداية الحريّة للحر ّ العاملي على بعض تلامذته الذين اختصّهم لهذا الغرض اعتماداً على حفظه للأقوال وأدلة كل ّ مسألة بجزئيّاتها التفصيليّة في سابق عهده بها من دون تجشّم الرجوع إليها عند التصنيف والتأليف. وتؤيّد هذه الدعوى النسخ الخطّية الموروثة عن مكتبته، حيث نجد كيف أنّها كتبت بخط ّ تلامذته وختمت أجزاؤها بخاتمه الشريف وإمضائه فقط . وممّا يدخل في هذا المضمار إملاؤه كتاب «النفحة القدسيّة» في ثلاثة أيّام

على تلامذته من دون سبق تبويب أو ترتيب ، و كذا ما حكى عنه الشيخ علي البلادي في أنوار البدرين ما ملخّصه :

إنّه أتى لبلاد القطيف مسافراً لحجّ بيت الله الحرام فاجتمع فيها بالسيّد محمّد الصنديد ، وكان عند الأخير من الكتب النادرة النفيسة ما لا توجد عند غيره و كان ضنّيناً بها فاستعار منه أحدها ثلاثة أيّام ثمّ أرجعه إليه وسافر إلى مكّة و بعد قضاء مناسكه عاود كرّته بالقطيف، فأمر السيّد المزبور بأن يأتي بذلك الكتاب فأخرج إليه نسخة منه جديدة وأخبره بأمرها ، وأنّه إنّما أملاها في سفرته تلك اعتماداً على حفظه له مدة استعارته فتعجّب منه مع جملة الحاضرين فقابلوه فلم يجدوا شيئاً منه يخالف الأصل إلّا يسيراً لا يذكر .

و أما وفاته ومدفنه:

توفّي ـ قدس سره ـ شهيداً سنة ١٢١٦ هـ بعد مضي ثلاثة أيّام على أثر ضربة ضربها إيّاه ملعون من أعداء الدين بحربة في ظهر قدمه ، وقد أرخ ذلك بعضهم بقوله :

قلت فيه لّما يقولون أرخ : (غروي) (تاريخه) (غادره)

وقال آخر: (طود الشريعة قد وهى و تهدما). وقال ثالث: (قمر الشريعة قد أفل).

و دفن بقريته الشاخورة وقبره اليوم مزار معروف ، و قد جدد بناؤه أخيراً بفنّ معماريّ بديع .

ختام :

ونهيب في ختام هذه الأسطر بجهود مؤسّسة النشر الاسلامي المضنية ومساعيها المشكورة على إحياء هذا الأثر مضافاً لأصله «الحدائق» راجين من العليّ القدير أن يأخذ بيدها إلى ما فيه إنهاض الفكر الشيعيّ الأصيل وخدمة الدين الحنيف.

حرره حفيدا المصنّف

الميرزا محسن آل عصفور و الشيخ أبو أحمد آل عصفور

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله المحمود لآلائه المشكور لنعمائه المعبود لكماله المرهوب لجلاله الذي ارتفع شأنه عن مشابهة الأنام وتقدس بكمال ذاته عن إحاطة دقائق الأفهام، وتعالى في عظمته أن تبلغ كنهه حقيقة الأوهام، وأفاض سحاب الأفضال على جميع البريّة فشملهم بسوابغ الأنعام . أحمده على ما منحه من إرشاده وهدايته وأسأله العصمة من الشيطان الرجيم وغوايته ، واصلّي على أشرف من بعثه ببرهانه وآياته ، وجعله سيّد متحمّل رسالاته ، سيّدنا محمّد صاحب شريعته و دلالاته ، وعلى ابن عمّه عليّ بن أبي طالب صلوات الله وسلامه عليه المختار لوصيّته وخلافته ، وعلى الأئمّة من ذريّته وسلالته .

وبعد : فإنّ أحقّ الفضائل بالتعظيم وأجراها باستحقاق التقديم وأتمّها في استجلاب ثوابه الجسيم هو العلم بالأحكام الشرعيّة والوظائف الدينيّة إذ به تحصل السعادة الأبديّة والتخلّص من الشقاوة السرمديّة، فوجب على كلّ مكلّف صرف الهمّة إليه بقدر القابليّة وإنفاق هذه المهلة اليسيرة .

ولمّا نظرت أنّ قلم البحر الخضمّ العمّ الشيخ شيخ يوسف ـ قدس سره ـ قصر عن تتمّة كتابه المسمّى بـ«الحدائق» من حيث عاجله القضاء المحتوم الذي جارى على العموم عمدت على تتمّته مستعيناً بالله و بنبيّه وبعترته الطاهرين صلوات

الله عليهم أجمعين وذلك لمّا جفّ منه قلم الناسخ وهوهذا : وقد ورد في الأخبار أنّه مع اختلافهم في الحكم يؤخذ بخلاف ما إليه قضاتهم وحكّامهم أميل (١) كما وقع في المقبولة الحنظليّة ، فيجوز أن يكون ذلك الوقت متلبّساً بهذا المرجّح لكنّه لا يكون على سبيل التحقيق على أنّه يمكن أن يكون الحامل للشيخ على ارتكاب التقيّة في أحد الطرفين دون الآخر لقوة المشهور وضعف ماقابله فتوىً ودليلاً لأنّ صحيحة بريد العجلي (٢) كما في الفقيه وخبر الكناسي (٣) كما في التهذيب والكافي مؤيّدان بإطلاق صحيحة محمّد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر عليه السلام «قال : سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلّقها قبل أن يواقعها فبانت منه، عليه الكفّارة ؟ قال : لا» .

وصحيح جميل (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «قال: سألناه عن الظهار متى يقع على صاحبه الكفّارة ؟ قال :إذا أراد أن يواقع امرأته ، قلت : فإن طلّقها قبل أن يواقعها ،أعليه كفّارة ؟ قال: لا ، سقطت عنه الكفّارة» .

وصحيحته الاخرى وابن بكير وحمّاد بن عثمان (٦) كلّهم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : المظاهر إذا طلّق سقطت عنه الكفّارة» .

فيكون هذا موجباً لاختصاص التقيّة بصحيح علي بن جعفر المذكور إن أبقيناه على ظاهره، واحتمل فيه العلاّمة حمله على فساد النكاح لأنّه عقيب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العدة فيكون باطلاً .

واستحسنه بعضهم وأيّده بأمرين :(أحدهما) تعقيب التزويج بالفاء المقتضية

(١) هذا آخر ماسطره صاحب الحدائق ـ قدس سره ـ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٢ ح٦ ، الوسائل ج ١٥ ص٥١٨ ب١٠ ح٢ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٦١ ح٣٤ ، التهذيب ج٨ ص١٦ ح٢٦ ، الوسائل ج١٥ ص ٥١٨ ب١٠ ح٢ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٦١ ح٣٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٨ ب١٠ ح٣ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٥٥ ح١٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٨ ب ١٠ ح٤.

(٦) الكافي ج٦ ص١٥٨ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٩ ب١٠ ح٥ .

للفوريّة و ذلك يقتضي عدم الخروج من العدة . (وثانيهما) أنّه حكاية الحديث تشعر به حيث قال «فراجعها الأول» و لم يقل تزوجها ، ولا يخفى عليك ما في هذا التنزيل والتأييد ، لأنّ إطلاق التزويج محمول على الصحيح والشهر والشهران مختلفان بين الظهار والطلاق لا بين الطلاق والتزويج ، ثمّ تعقيب التزويج بالفاء يقتضي التعقيب و الفوريّة بحسب الممكن لامطلقاً كما نبّه عليه أهل العربيّة وصحّحوه في قولهم : تزوج فلان فلانة فولدت ، فإنّ المراد به وجود الولادة في أول أوقات الامكان وذلك بعد مضي مدةالحمل لاعقيب التزويج بلا فصل،و كذلك قول القائل : دخلت بغداد فالبصرة ، وأمثال ذلك كثيرحينئذٍ . فيكون المراد من الخبر أنّه تزوجها في أوقات الامكان شرعاً وهو بعد انقضاء العدة بلا فصل . هذا إذا سلّمنا دلالتها في مثل هذا المقام على الفوريّة. وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العدة بهما وبأقلّ منهما كما مرّ بيانه في تحقيق أقلّ المدة التي يمكن خروج المطلّقة فيها باعتبار عدة الظهار .

وأمّا قوله «ثم طلّقها فراجعها» فالكلام في الفاء هنا كالكلام في الاولى ، فإنّ المراجعة بعدالطلاق ليس المراد بها هوالعود إلى نكاحها بالعقد الأول وإنّما المراد به التزويج، وأطلق عليه المراجعة من حيث إنّها كانت زوجة له أولاً فأقام عوده لها بعقد جديد مقام الرجوع وهو رجوع لغةً ، ولهذا جاء في مواضع عديدة من الأخبار إطلاق المراجعة إلى الزوجة في الطلاق النسبي بالمعنى الأخصّ بأن يراجعها بعقد جديد . فحمله في هذا الخبر على الرجوع الشرعي وإبقاء العدة الاولى في غاية السماجة [1] والبُعد ، على أنّه يلزم ارتكاب المجاز في قوله «ثمّ طلّقها» لأنّ الطلاق لا يتعقّب النكاح الفاسد لأنّ تزويجها الثاني في العدة ممّا يوجب فساده والتحريم المؤبّد إن كان دخل بها، أو كان عالماً بذلك وإن لم يدخل بها كما تقدم في مباحث النكاح .

(١) السماجة : القبح .

ثمّ استظهر شيخنا ثاني الشهيدين في المسالك حمل الكفّارة في هذا الصحيح على الاستحباب جمعاً، لأنّ الأخبار الاول النافية للكفّارة إذا أمضى الطلاق و لم يراجع في العدة كما عليه المشهور أكثر عدداً وأصحّ سنداً فيوجب صرف هذه الحسنة إلى الاستحباب، وحينئذٍ فتسلم من الاطراح وتجامع لمؤدات تلك الصحاح هذا على تقدير تحقّق التعارض للاغماض عن مرجّحات الاولى .

ونقل الفاضل الهندي في كشف اللثام عن ابن حمزة قولاً ثالثاً وهو أنّه إن جدد العقد المظاهر بعد العدة لم تلزم الكفّارة كالمشهور رجعيّاً أو بائناً .ويلزمه إن جدده على البائن في العدة ـ و لعلّه لعموم النصوص ـ خرج ما او خرجت من العدة لصحيحة بريد وخبر يزيد الكناسي [(١)] ، فيبقى الباقي، وليس هذا ببعيد لأنّ المراجعة في العدة سواء كانت مراجعة شرعيّة أولغويّة الشاملة للعقد عليها في العدة ممّا تترتّب عليه الكفارة في أخبار المراجع في العدة، وإن كان المشهور لايرضون به لأنّ المتبادر من الرجعة حيث تطلق هي المراجعة الشرعيّة لظاهر صحيحة بريد وخبر يزيد الكناسي ، وقد سمعتهما حيث قال فيهما «قال : إذا طلّقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار ، قلت : فله أن يراجعها ؟ قال : نعم هي امرأته ، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسّا» وهي كما ترى في المراجعة الشرعيّة .

وكذلك ما دلّ على إطلاق المراجعة مثل صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله والحسن بن زياد [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام كما في التهذيب «قال : إذا طلّق المظاهر ثمّ راجع فعليه الكفّارة» يجب حمله على المراجعة الشرعيّة حملاً للمطلق على المقيّد، ومع هذا كلّه لاتجب الكفّارة بمجرد المراجعة بل لابدّ من إرادة المسيس والجماع لما تقدم من ترتّب الكفّارة على ذلك في الأصح .

(١) الوسائل ج١٥ ص٥١٨ ب١٠ ح٢ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٩ ب١٠ ح٧ .

و يدلّ عليه هنا بخصوصه صحيحة الحلبي (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثمّ يريد أن يتمّ على طلاقها ، قال : ليس عليه كفّاره ، قلت : فإن أراد أن يمسّها؟ قال: لا يمسّها حتّى يكفّر» . و كأنّ قوله «ثمّ يريد أن يتمّ على طلاقها» مؤذن بأنّه قدطلّق بعد المظاهرة، وهذامن القرائن المقاليّة الواضحة ، و كذا قوله«فإن أراد أن يمسّها» قرينة على المراجعة فيذلك الطلاق ولو بالامساس، فيكون قوله «لا يمسّها حتّى يكفّر» يعني بعد المراجعةأو بما إذا أراد المراجعة بنفس المسيس ،

أمّا ما جاء في خبر موسى بن بكير النمري (٢) المرسل عن أبيعبدالله عليه السلام «في رجل ظاهر ثمّ طلّق ، قال : سقطت عنه الكفّارة إذا طلّق قبل أن يعاود المجامعة ، قيل : فإنّه راجعها، قال: إن كان طلّق لاسقاط الكفّارة عنه ثمّراجعها فإنّ الكفّارة لازمة له أبداً إذا عاود المجامعة ، و إن كان طلّقها و هو لا ينوي شيئاً من ذلك فلابأس أن يراجع ولا كفّارة عليه»فهو من الأخبار المشكلةحيث لميذهب ذاهب إلى تفصيله المذكور، ولم يطابقه شيء من الأخبار الواردة في هذا المضمار، وقد احتمل فيهمحدّث الوسائل حمل المراجعة المنفيّة الكفّارة معها عند إرادة مطلق الطلاقعلى المراجعة بعدالعدة بعقد جديد لماتقدم في صحيحة بريدوغيرها، و يتحمّل صدره أنّ الطلاق إذا وقع بقصد الفرار عن أثر الظهار غير عامل عمله بدليل قوله «إن كان طلّق لاسقاط الكفّارة عنه» ولم يحصل قصد البينونة فيكون لاغياً، كما أنّ الطلاق بقصد أن يراجع يقع لاغياً أو أنّه وإن حصلت به البينونة لكنّ الغاية الموجبة له غير حاصلة به عقوبة من الشارع .

ولا ينافي هذا ما سيجيء عن قريب في المسائل والفروع من أنّ المظاهر يلزم بالطلاق أو الرجوع بعد المرافعة للحاكم الشرعي بعد ثلاثة أشهر من المرافعة ،

(١) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣١ ؛ الوسائل ج١٥ ص٥١٩ ب١٠ ح٨ .

(٢) الكافي ج٦ص١٥٩ ح٢٨؛ الوسائل ج١٥ص٥١٩ب١٠ ح٦ وفيهما« بن اكيل النميرى».

لأنّ ذلك الطلاق الملزوم به ليس لاسقاط الكفّارة بل لتسريح المرأة بإحسان ولهذا يخيّر بينه وبين المراجعة والتكفيرلوجوب الوطء عليه بعد أربعة أشهر لبقائها على الزوجيّة . وقد ألحق جماعة من الأصحاب كالمحقّق والعلاّمة بالطلاق في إسقاطه الكفّارة إذا بانت منه لو عاودها بعدالعدة الارتداد إذاكان عن ملّةوقد صدر منه ، وكذلك لوكان منها مطلقاً. أمّا لو راجعها معه بعد التوبة منه أومنها في العدة حيث يصحّ الرجوع وجبت الكفّارة لأنّه كالطلاق الرجعي . وأوجب ابن الجنيد الكفّارة فيالارتداد إذا جدد العقد بناءً على وجوبها بمجرد التربّص وعدم الطلاق ، وكذا لوماتت أو مات أحدهما فلا كفّارة إذا كان قبل المس، إلاّ على قول الاسكافي ،أمّا لووطأها بعد موتها فالظاهر أنّ عليه كفّارتين للعموم والاستصحاب لأنّ الموت لم يخرجها عن الزوجيّة ، و لهذا يغسّلها و تغسّله ، وإن حرم وطؤها في تلك الحالة عليهفإنّ محرماتالأزواج أسباب كثيرةكالحيض والاحرام والصيام والظهار والايلاء وكالمنكوحة قبل التسع إذا أفضاها لبقائهاعلى الزوجيّة وإن حرم وطؤها ، وأمثال ذلكفي الأحكام كثيرة.

المسألة الرابعة : لوظاهر من زوجته الأمة ثمّ اشتراهامنمولاها فقدبطل العقد ، فلو وطأها بالملك لم تجب الكفّارة لما تقدم من أنّ البضع لايستباح بسببين ، و السبب الطاريء أقوى . و كذا لو ملكها بالارث أو بسائر الأسباب المملّكة لأنّ العقد لا يجامع ملك اليمين ، و قد تقدم ما يدلّ عليه من الأخبار في نكاح الأمة مثل موثّقة سماعة (١) « قال : سألته عن رجلين بينهما أمة فزوجاها من رجل ثمّ إنّ الرجلاشترى بعض السهمين ، قال: حرمتعليه» وفيموثّقته(٢) الاخرى عنه عليه السلام مثله ، إلاّ أنّه قال «حرمت عليه باشترائه إيّاها وذلك أنّ بيعها طلاقها» .

---

(١) الكافی ج٥ ص٤٨٢ ح٣ ، الوسائل ج١٤ ص٥٥٣ ب٤٦ ح١ .
(٢) الكافی ج٥ ص٤٨٤ ح٦وفيه «بشرائه» ، الوسائل ج١٤ ص٥٥٣ ب٤٦ح٢.

و إذا ثبت ذلك بمقتضى الاجماع و الأدلّة زال التحريم المترتّب على العقد واستباحها بالملك ، وكان ذلك كما لو طلّقها أو تزوجها بعد انقضاء العدة ، بل هنا أقوى لاختلاف جنس السبب الذاهب والعائد بخلاف مالو تزوجها بعد البينونة ، فإنّ السبب و إن تعدد إلّا أنّه متّحد في الجنس وإن اختلف في الشخص وفي معناه عندهم ما لو اشتراها غيره ثمّ فسخ النكاح وزوّجه إيّاها بعقد مستأنف، و قد تقدم في أحكام نكاح الأمة ما يدلّ على أنّ له الفسخ كما في صحيحة محمّد بن مسلم [(١)] وخبر الحسن بن زياد وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله [(٢)] و غيرها من الأخبار.

نعم ، لو أقرها على نكاحه وجبت الكفّارة لاستقرار النكاح المترتّب عليه الظهار ، ثمّ إنّه على الأول لا يتوقّف صحّة العقد على الاستبراء ولا الاعتداد لأنّ الماء لواحد. ومثله أيضاً ما لو طلّقها بائناً ثمّ تزوجها في العدة كما تقدم خلافاً لابن حمزة وللاسكافي وعلى المشهور ، فتحصل الحيلة بهذا في إسقاط حكم الظهار بغير تكفير، لكنّه لاينطبق بما دلّ عليه خبر موسى بن اكيل النمري [(٣)] ، حيث إنّ طلاقه وقع فراراً عن كفّارة الظهار ، وقدعرفت الكلام فيه لكنّه لاينطبق على المذهب المشهور بل لاعامل بها .

ولو قلنا بوقوع الظهار بملك اليمين كماهوالحقّ لدلالة المعتبرة المستفيضة عليه وضعف المعارض لهاوهو خبرحمزة بن حمران كما تقدم في كلام جامع الأصل ـ قدس الله سره ـ فيمن ظاهر من أمته ثمّ باعها من غيره بطل حكم الظهار ، فإن اشتراها منه لم يعد الظهار كما لو طلّق بائناً ثمّ تزوجها، و أولى منه ما لو أعتقها ثمّ تزوجها لاختلاف السبب ولبينونتها من النكاح الأول بالعتق .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦١ ح٣٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٨ ب١٠ ح٣ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥١٩ ب١٠ ح٧ .

(٣) و الصحيح «موسى بن اكيل النميري» .

فروع

الاول : لو ظاهر من زوجته الأمة ثمّ عاد ثمّ قال لمالكها : اعتقها عن ظهاري ، ففعل وقع عتقها عن كفّارته وانتقلت لملكه آناً ما يستحق العتق عنه وانفسخ النكاح بينهما لأنّ إعتاقها عنه بإذنه يتضمّن تمليكه ـ كما سيأتي في الكفّارات وفي كتاب العتق ـ وقد تقرر بالنصّ والاجماع أنّه إذا ملك زوجته انفسح النكاح، ومثله مالوأعتقها عنه باستدعائه عن كفّارة اخرى ولوملكها بعدما ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثمّ أعتقها عن ظهاره عنها ، و مثله لو آلى من زوجته الأمة ووطأها وحنث ولزمته الكفّارة فقال لسيّدها: اعتقهاعن كفّارة عنّي ، ففعل فإنّه يجوز وينفسخ النكاح لملكه لها بهذا الأمر بعتقها كما فيمسألة الظهار السابقة . ولو ظاهر من زوجته الذمّيّة بناءً على جواز نكاحها ثمّ نقضت المرأة العهد فاسترقّت فملكها ذلك الزوج المظاهر فأسلمت فأعتقها عن كفّارة ظهاره أوغيرها جاز .

الثاني : لوظاهر من أربع نسوة له بلفظ واحد وجب عليه عن كلّ واحدة كفّارة لانعقاد الظهار من الأربع بكلمة واحدة بحيث يقول : أنتنّ عليّ كظهر امّي، فيصير بذلك مظاهراً منهنّ إجماعاً، والنصوص بذلك مستفيضة وسيأتي ذكرها.

ثمّ إن فارقهنّ بما يجب البينونة من طلاق ونحوه ورفع به الظهار فلا كفّارة وإن عاد إليهنّ جمع ، فالمسألة موضع خلاف ، فالمعظم بل حكى عليه الاجماع في الخلاف عن كلّ واحدة كفّارة لأصالة تعدد المسبّب بتعدد السبب. وخالف الاسكافي فلم يوجب سوى واحدة ، و احتجّ للمشهور بصحيحة حفص بن البختري [1] عن أبي عبدالله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام « في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ جميعاً كلّهن بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفّارات» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢١ ح٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص٥٢٥ ب١٤ ح١ وفيه «أو أبي الحسن» .

وصحيحة صفوان (١) «قال : سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوة ، قال : يكفّر لكلّ واحدة كفّارة . وسأله رجل ظاهر من امرأته وجاريته ، ما عليه ؟ قال : عليه لكلّ واحدة منهما كفّارة عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً» ولعلّ لفظة «أو» للتقسيم أو للتخيير لما يأتي إن شاء الله تعالى عن قريب من أنّ كفّارة الظهار مرتّبة لا مخيّرة.

و احتجّ لابن الجنيد بموثّقة غياث بن إبراهيم (٢) عن الصادق عن أبيه عن علي عليه السلام كما في التهذيب والنهاية « في رجل ظاهر من أربع نسوة ، قال : عليه كفّارة واحدة » و حمله الشيخ في كتابي الأخبار على أنّ الوحدة فيه جنسيّته ولاينافي تعددها بالشخص . و احتمل فيها محدّث الوسائل الحمل على الانكار وفيه بُعد، وربما طعن عليها بضعف سندها بناءً على ضعف الموثّق وترجيح الحسن عليه، لأنّ صحيحة حفص حسنة بالاصطلاح الجديد لاشتمالها على إبراهيم بن هاشم ، و حيث يطعن على رواية حفص بالحسن بناءً على أنّه دون الموثّق أو لأنّ حفص بن البختري قد ضعّفه محقّق المعتبر في مواضع عديدة و رمى بلعب الشطرنج. يجاب عن ذلك بأنّ مضمونه موافق للتعليل الموجب للوحدة مع أنّه معتضد بالشهرة ، و ربما بني الخلاف على أنّ الغالب في الظهار مشابهة الطلاق أو الأيمان ، فإن غلّبنا مشابهة الطلاق لزمته أربع كفّارات و لم يكن يختلف الحال بين أن يظاهر بكلمة أو كلمات كما لو شرك بينهنّ بالطلاق بكلمة أو كلمات بالاتّفاق ، و إن غلّبنا مشابهة الأيمان كما احتجّ به الاسكافي لم يجب إلّا كفّارة واحدة كما لو حلف أن لا يكلّم جماعة فكلّمهم فليس عليه إلّا كفّارة واحدة باتّفاق ، و الظهار يمكن رجوعه إلى الأصلين ، لكن هذا البناء مهدوم الأساس لعدم ثبوت الظهار إلى شيء من الأصلين المذكورين ، و على تقدير

---

(١) الكافي ج٦ ص١٥٨ ح٢٠، الوسائل ج١٥ ص٥٢٥ ب١٤ ح٢ .
(٢) التهذيب ج٨ ص٢١ ح٤٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٥ ب١٤ ح٢ .

الاغماض عن هذا كلّه فالمناسب إلحاقه بالطلاق لما ثبت أنّ شرائطه كشرائطه لأنّه لا يكون إلّا في طهر لم يقربها فيه ــ كما سمعت ــ و لا بدّ من شاهدي عدل يسمعان الطلاق و لا بدّ من القصد و ارتفاع الغضب ، و للأخبار الدالّة على أنّه لا يقع إلّا فيما يقع فيه الطلاق ، على أنّا لو سلّمنا حسن خبر حفص و لا ينجبر بالشهرة لكان الترجيح له حاصلاً لأنّ صحيحة صفوان التي سمعتها لا يلحقها شيء من هذه المطاعن فتكون هي الأساس والأصل في الاستدلال، على أنّا في راحة من هذا كلّه لعدم ثبوت هذا الاصطلاح الجديد ــ كما قررناه غير مرة ــ فعلى الأشهر من وجوب أربع كفّارات ، و لو حمل العود في بعضهنّ دون بعض كان الكفّارة بعدد من حصل فيها العود ، وعلى القول بوجوب وحدة الكفّارة كذلك يكون الحكم لوجوب الكفّارة بالعود لواحدة حتّى لو طلّق ثلاثاً وجب الكفّارة للرابعة .

واحتمل شهيد المسالك على هذا أن لا تجب الواحدة لتفريعه على اليمين كما لو حلف أن لا يكلّم جماعة فلا تلزمه الكفّارة بتكليم بعضهم ، ويمكن الفرق بينه و بين اليمين أنّ كفّارة اليمين سببها الحنث والحنث لا يحصل إلّا بتكلّم الجميع بخلاف الظهار ، فإنّ سبب كفّارته الامساك مع المخالفة لقوله والمخالفة تحصل بإمساك واحدة منهنّ بلا كلام كما تحصل بإمساك الجميع ، وإنّما قيّدنا الخلاف بالمظاهرة بلفظ واحد ، لأنّه لو ظاهر عنهنّ بأربعة ألفاظ فإنّ الكفّارة تتعدد بتعددهنّ بلا خلاف .

الثالث : لو ظاهر من امرأة واحدة مراراً متعددةً ففي تعدد الظهار أقوال، المشهور بين الأصحاب التعدد سواء كان فرق الظهار أو تابعه ، اتّحدت المشبّه بها أم تعددت لأصالة عدم التداخل ، وللأخبار المستفيضة .

منها : صحيحة محمّد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «قال : سألته عن رجل

(١) الكافي ج٦ ص١٥٦ ح١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٣ ب١٣ ح١ .

ظاهر من امرأته خمس مرات أوأكثر، قال: قال علي عليه السلام :مكان كل مرة كفارة».

وصحيحة الحلبي[١] كما في الفقيه والكافي و التهذيب «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفّر ثلاث مرات» الحديث .

و صحيحة جميل[٢] عنأبي‌عبدالله عليه السلام «في‌من ظاهر من امرأته خمس عشرة مرة ، قال : عليه خمسة عشر كفّارة» .

و صحيحة محمّد بن مسلم [٣] الاخرى كما فيالتهذيب عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، فقال عليه السلام : عليه لكلّ مرة كفّارة » .

وخبر محمّدبن‌مسلم[٤] كما فيالفقيه نحوه .

وموثّقة أبي‌بصير [٥] بل صحيحته كمافي التهذيب عن أبي‌عبدالله عليه السلام .

ومثله خبر أبي الجارود زياد بن المنذر [٦] «قال : سأل أبو الورد أباجعفر عليه السلام و أنا عنده عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ كظهر امّي مائة مرة ، فقال عليه السلام : يطيق لكلّ مرة عتق نسمة ، قال : فيطيق إطعام ستّين مسكيناًمائة مرة ؟ قال : لا،قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين‌مائة مرة؟ قال: لا،قال: يفرق بينهما» .

وفي‌المبسوط :إن والى‌ونوى‌التأكيد أوأطلق‌لم‌يلزمه أكثرمن كفّارة،وإن

(١) الكافي ج٦ ص١٥٦ ح١٤ ، التهذيب ج٨ص١٨ ح٣٤ ، الفقيه ج٣ ص٣٤٣ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٣ ب١٣ ح٢ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٢ ح٤٤ وفيه «عن رجل عن أبي عبدالله» ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٣ ب١٣ ح٣ .

(٣) التهذيب ج٨ص٢٢ ح٤٥، الوسائل ج١٥ ص٥٢٤ ب١٣ ح٤ وفيهما «أوأكثر ما عليه ؟ قال : عليه مكان كل مرة كفارة » .

(٤) الفقيه ج٣ ص٣٤٣ ح٩ و فيه « فقال : قال علي عليه السلام : مكان » كل مرة كفارة .

(٥) التهذيب ج٨ص٢٢ ح٤٦ مع اختلاف يسير .

(٦) التهذيب ج٨ ص٢٢ح٤٧، الوسائل ج١٥ ص٥٢٤ ب١٣ ح٥ .

نوى الاستئناف وفرق تعددت،تخلّل التكفير أو لا. ونفى الخلاف عن الواحدة إذا نوى التأكيد والتعدد إذا فرق، تخلّل التكفير، ونحوه ابن حمزة في الوسيلة والعلاّمة في التحرير صريحاً .

وفي الخلاف للشيخ نحوه مفهوماً فإنّه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف لكنّه لم يفرق فيه بين التوالي والتفريق، ويمكن أن يكون المراد النهاية، فإنّه ذكر فيه أنّه إذا ظاهر منها مرة بعد اخرى تعددت الكفّارة،وعند نيّة التأكيد لم يظاهر مرةً بعد اخرى، وهو ظاهر عبارة القواعد وكثير من عبارات كعبارات النافع والشرايع والجامع لاشعار لفظ التكرار بذلك .

وذهب ابن الجنيد لقول ثالث مفصّل لتعدد المشبه بها كالامّ والاخت فتعدد الكفّارة واتّحادها كالامّ فتتّحد الكفّارة وإن فرق إلاّ أن يتخلّل التكفير فتعدد محتجّاً على ذلك لأنّهما حرمتان هتكهما فيجب لكلّ واحد كفّارة ومع الاتّحاد بأنّه واحد والكفّارة متعلّقه على مطلق الظهار وهي تتناول الواحد والكثير، وبصحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج(١) عن الصادق عليه السلام « في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد، قال: عليه كفّارة واحد » . وحمله الشيخ على أنّ المراد كفّارة واحدة في الجنس، واحتمل فيها فاضل الوسائل المظاهرة بلفظ واحد كأن يقول : أنت عليّ كظهر امّي أربعاً بخلاف مالو كرر الصيغة. ثمّ قال: وأقرب منه الحمل على مالو كرر الصيغة بقصد تأكيد الظهار الأول لا لإنشاء ظهار آخر، فإنّ القصد والارادة شرط في الظهار كمامرّ. ثمّ قال: ويحتمل الحمل على الانكار وإنّما خصّ التفصيل بالتأكيد وعدمه في المبسوط بالتوالي لأنّ التأكيد بالمتفرق غير معهود، وابن أبي عقيل وابن إدريس وابن زهرة أطلقوا تكرير كلمة الظهار، وفي المختلف : نفى البأس عمّا في المبسوط من الفرق بعد أن رجّح التعدد، قصد

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣ ح٤٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٤ ب١٣ ح٦ وفيه « في مجلس واحدة» .

التأكيد أو لا واستدلّ للفرق بالأصل والاتّحاد مع قصد التأكيد، وعورض الأصل بالاحتياط ومنع الاتّحاد، فإنّ المؤكّد غير المؤكّد والأقوى ماذهب إليه المشهور لاطلاق أخباره وصحّتها و تعددها ، و إمكان حمل خبر ابن الحجّاج على التقيّة أو تقييده بالمجلس الواحد اقتصاراً على مورده، لكنّه لاقابليّة له لهذا التخصيص .

ويظهر من القيود المنفيّة في صدر العبارة المنقولة عن الأكثر امور :

الأول : الردّ بقوله « فرق الظهار أو تابعه» الردّ على من فصل و فرق من فقهائنا ، بين ما لو تابع وفرق فحكم بتعدد الكفّارة في الثـاني دون الأول . وفي صحيحة ابن الحجّاج مايرشد إليه لأنّه حكم بالاتّحاد عند اتّحاد المجلس، و تلك الأخبار الدالّة على تعددها مطلقة فيمكن حملها على اختلاف المجلس جمعاً بين الأخبار ، و هذا قول موجّه بالنسبة إلى دلالة الأخبار عند الجمع بينها لو كانت متكافئة ، إلّا أنّ تكافؤها كما ترى غير ثابت ، ومع ذلك لم نقف على ذلك القائل من أصحابنا . نعم نقله شيخ المبسوط عن بعضهم ، ومقتضى طريقته في ذلك الكتاب نقل أقوال العامّة في مقابلة أقوالنا سيّما إذا لم يصرح بقائله قد يكون هذا القول لنا.

والثاني : إطلاق القول بتعدد الكفّارة في كلام اولئك يقتضي عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثاني وما بعده التأكيد للأول وما إذا قصد الظهار أو أطلق كما هو الظاهر والمتبادر . وقد سمعت ما قلناه عن المختلف ممّا أجاب به عن حجّة الشيخ باتّحاد الظهار مع إرادة التأكيد ، حيث قال : و نمنع الوحدة فإنّ التأكيد غير المؤكّد والمطلق موجود في كلّ فرد وهو يستلزم تعدد المعلول بحسب تعدد العلّة . لكنّه جزم بعده بعدم وجوبها كما لو قصد التأكيد كما سمعت .

وبالجملة : أنّ كلام العلّامة و كلام الشيخ لا يخلو عن اضطراب واختلاف بالنسبة إلى تخلّف هـذه القيود ، لكنّ الأخبار ليس سوى المطلق منها المنطبق على المذهب المشهور و لامعارض لها سوى ما سمعت من صحيحة ابن الحجّاج ،

فهي إنّما تخالفها في صورة واحدة وهي عند اتّحاد المجلس وهي ضعيفة عن المقاومة ومحتملة للتقيّة كما هو قديم قول الشافعيّة .

الثالث : قولهم «بما إذا لم يتخلّل التكفير» فيه إشارة إلى أنّه لو كفّر عن السابق ثمّ جدد الظهار فلا شبهة في وجوب الكفّارة به فيكون موضع الخلاف مخصوصاً بذلك ، فيظهر بذلك وجه المخالفة بينه وبين من أطلق ، والأخبار لا تساعد على هذا التقييد بل شاملة لمن كفّر ومن لم يكفّر .

وأمّا توجيهه بأنّ حكم الأول قد يسقط بالتكفير فلا يتوجّه الاجتزاء بتلك الكفّارة عن الظهار المتأخّر عنها مع أنّه سبب قام في إيجابها مع العود ، والكفّارة المتقدمة على سبب الوجوب لا تجزي قطعاً ، فلا يكون من معرض الخلاف في شيء مدفوع بالدليل المقرر للقول بالوحدة المؤيّد بصحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج ، لكنّك قد عرفت في هذه التعاليل ممّا لا يشفي العليل ولا يبرد الغليل .

الرابع : قد عرفت ممّا سبق أنّ الظهار قابل للتعليق على شرط وللاطلاق وإذا أطلق حرم عليه الوطء حتّى يكفّر بالنصوص والاجماع وظاهر الكتاب ، ولو علّقه بشرط جاز الوطء مالم يحصل الشرط ، فلو وطأ قبله لم يكفّر ، ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله و لا تستقرّ الكفّارة حتّى يعود ، هذا هو المشهور ،

وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ في النهاية والصدوق في الفقيه والمقنع والهداية : يجب بنفس الوطء الأول بناءً على كون الاستمرار وطئاً ثانياً . وليس بجيّد ، لأنّه متّحد وإن طال الزمان ، مع أنّه لا يكون مظاهراً إلّا بهذا الوطء ، وعلى هذا فإنّما يبيح عندهم مسمّاه وتجب الكفّارة على قولهم ولو بالنزع بعد المسمّى بل هو من أضعف الضعيف ، فإنّ الوطء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى النزع كما سمعت ، والاطلاق منزل عليه ، والمشروط عدم عند عدم شرطه . نعم لو نزع كاملاً ثمّ عاد وجبت الكفّارة وإن كان في حالة واحدة . وأمّا الأخبار الدالّة عليه

فقد تقدم شطر منها .

فمنها : صحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج[1] عن أبي‌عبدالله عليه السلام «قال: الظهار ضربان أحدهما فيه الكفّارة قبل المواقعة والآخر بعده ، فالذي يكفّر قبل المواقعة الذي يقول : أنت عليّ كظهر امّي ولايقول : إن فعلت بك كذا و كذا ، و الذي يكفّر بعد المواقعة الذي يقول : أنت عليّ كظهر امّي إن قاربتك» .

ومثلها صحيحته[2] الاخرى كمافي التهذيب .

وصحيحة زرارة[3] كما في الكافي «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل ظاهر ثمّ واقع قبل أن يكفّر ، فقال لي : أوليس هكذا يفعل الفقيه» .

وموثّقة عبدالرحمن بن الحجّاج[4] عن أبي‌عبدالله عليه السلام في حديث « قال : إن كان منه ظهار في غير يمين فإنّما عليه الكفّارة بعد ما يواقع» .

وصحيحة ابن الحجّاج[5] أيضاً «قال : الظهار على ضربين في أحدهما الكفّارة إذا قال : أنت عليّ كظهر امّي ولايقول : أنت عليّ كظهر امّي إن قاربتك» .

وخبر زرارة[6] «قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إنّي ظاهرت من امّ ولدي ثمّ وقعت عليها ثمّ كفّرت، فقال: هكذا يصنع الفقيه إذا وقع كفّر» .

وصحيحة حريز[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : الظهار ظهاران أحدهما أن

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦٠ ح٣٢ ، و فيه « هو الذى يقول : وان قربتك» ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٩ ب١٦ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٢ ح١٥، الوسائل ج١٥ ص٥٢٩ ب١٦ ح١ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٣٠ ، الوسائل ج١٥ ص ٥٣٠ ب١٦ ح٥ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٦٠ ح٣٣ وفيه «وان كان منه الظهار» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب١٦ ح٦ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص١٣ ح١٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣١ ب١٦ ح ٨ وفيهما «ان قربتك» .

(٦) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٢٩ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٩ ب١٦ ح٢ .

يقول: أنت عليّ كظهر امّي ثمّ يسكت فذلك الذي يكفّر ، فإذا قال : أنت عليّ كظهر امّي إن فعلت كذا و كذا ففعل فعليه الكفّارة حين يحنث» .

ومرسلة ابن بكير (٢) « قال ، قلت لأبي الحسن عليه السلام : إنّي قلت لامرأتي : أنت عليّ كظهر امّي إن خرجت من باب الحجرة ، فخرجت ، قال : ليس عليك شيء، فقلت : إنّي قوي على أن اكفّر ، فقال : ليس عليك شيء، قوي على أن اكفّر قويت أم لم تقو» .

وصحيحة محمّد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : الظهار لايقع إلّا على الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتّى يكفّر» .

فهذه الأخبار وإن اطلق بعضها في نفي الكفّارة ، لكنّه يجب رده وحمله على ما لوعلّق الظهار على الوقاع كما فعله شيخ التهذيبين ويرشد إليه قوله في كثير منها «أوليس هذا يفعل الفقيه» بمعنى أنّ الفقيه هو الذي يعلّق ظهاره على الجماع فلا تجب عليه الكفّارة بمجرد جماعه الأول وإنّما يجب بالعزم على المعاودة بعد جماعه الأول. وقد دلّت صحيحة محمّد بن مسلم وغيرها على أنّ الظهار لايقع إلّا على الحنث ، وذلك لايكون إلّا إذا علّق على شيء ووقع ذلك الشيء ، فهناك ليس له أن يواقع حتّى يكفّر ، وقد كشف عن ذلك كلّه مجموع تلك الأخبار بعد ضمّ بعضها إلى بعض ، وأمّا حمل هذه الأخبار على بطلان الظهار بكونه معلّقاً على شرط فانتفاء الكفّارة لانتفاء انعقاده فيردّه ما فصّلته صحاح عبدالرحمن بن الحجّاج وقولهم في الأخبار المطلقة « أوليس هكذا يفعل الفقيه» .

وبالجملة: أنّه لامستند لكلام الصدوق والشيخ في إيجاب الكفّارة في المعلّق

---

(١) التهذيب ج٨ص١٢ح١٤مع اختلاف يسير ،الوسائل ج١٥ ص٥٣٠ب١٦ح٧.

(٢) الكافي ج٦ ص١٥٤ ح٤ ، التهذيب ج٨ص١٣ ح١٨ وفيهما «ابن بكير عن رجل من أصحابنا عن رجل قال» مع زيادة في الحديث ، الوسائل ج١٥ ص ٥٢٩ ب١٦ ح٣ وفيه «عن رجل» مع زيادة .

(٣) التهذيب ج٨ ص ١١ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٩ مع زيادة فيهما .

على الجماع بمجرد جماعه الأول كما تلوناه عليك سوى إجمال بعضها، وهو مردود إلى المفصل المحكم، وهذا هو الذي تقتضيه القواعد العامّة. ثمّ إنّه يتفرع على هذا الحكم امور:

منها: ما لو علّقه بفعل مثل دخول دار وتكليم زيد فإنّه يقع بعد الدخول والتكليم سواء طال زمانه أم قصر ولا يقع قبله اتّفاقاً كما عرفت من الفتوى والأدلّة أمّا لو علّقه بنفي فعله كقوله: إن لم تدخل الدار لم يقع إلّا عند اليأس من الدخول كأن مات أحدهما قبله فيحكم بوقوعه قبيل الموت، ومن هذا الباب ما لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت عليّ كظهر امّي، فإنّها تصير مظاهراً عند اليأس وذلك بالموت فيتبيّن أنّه قبيل الموت صار مظاهراً ولا كفّارة عليه لعدم العود بعده لأنّ الموت عقيب صيرورته مظاهراً، ولو علّق النفي بـ «إذا» كقوله: إذا لم تدخلي وقع عند مضيّ زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم يفعل، و الفرق بين الأداتين أنّ حرف الشرط لا إشعار له بالزمان، و «إذا» ظرف زمان كمتى في التناول للأوقات، فإذا قيل: متى ألقاك صحّ أن يقال: متى شئت أو إذا شئت، فلا يصحّ: إن شئت، فقوله «إن لم تدخلي الدار» معناه إن فاتك دخولها وفواته بالموت، وقوله «إذا لم تدخلي الدار» معناه أيّ وقت فاتك الدخول فيقع الظهار بمضيّ زمان يمكن فيه الدخول به.

ومنها: ما لو علّقه بالحمل فقال: إن كنت حاملاً فأنت كظهر امّي، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال، وإلّا فإن ولدت لدون ستّة أشهر من التعليق بأنّ وقوعه حين التعليق لوجود الحمل حينئذٍ و إن ولدت لأكثر من أقصى مدة الحمل أو بينهما أو وطئت بعد التعليق وأمكن حدوثه به بأن كان بين الوطء والوضع ستّة أشهر فأكثر لم يقع لتبيّن انتفاء الحمل في الأول واحتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني وإن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به، ففي وقوعه وجهان من احتمال حدوثه بغير الوطء كاستدخال المني والأصل عدم

تقدمه، ومن أنّ ذلك نادر والظاهر وجوده عند التعليق، وهذا هو الأقوى.

ومنها: مالو علّقه بالحيض فقال: إن حضت حيضة فأنت عليّ كظهر امّي لم يقع حتّى ينقضي حيض تامّ. ولو قال: إن حضت واقتصر وقع إذا رأت دماً محكوماً بكونه حيضاً، فإن كان معتادة ورأت في عادتها وقع برؤية الدم وإلّا فبمضيّ ثلاثة أيّام على المشهور، وعلى القول بتحيّضها برؤية الدم كما هو المختار يقع كذلك، ويحتمل توقّفه على ثلاثة مطلقاً إذ به يتحقّق أنّه ليس بدم فساد و الفرق بينه و بين العبادة و التحريم عليه أنّ الظهار لا يقع إلّا بيقين، وأحكام الحيض مبنيّة على الظاهر، ولهذا تقضي العبادة التي تركتها لو نقصت عن الثلاثة ولو في ضمن عشرة، ولو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلّا بحيضة مستأنفة، ومهما قالت حضت فالقول قولها بخلاف مالو علّقها على دخول الدار فقالت دخلتها فإنّه يحتاج إلي البيّنة، والفرق عسر إقامة البيّنة على الحيض. وغاية اطّلاع غيرها مشاهدة الدمّ وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عادتها، وقد تقدم في الطلاق ما يدلّ من النصوص والفتوى أنّ العدة والحيض للنساء. و مثله ما لو قال: إن أضمرت بغضي فأنت عليّ كظهر امّي، لعسر الاطّلاع عليه من غير قولها بخلاف الأفعال الظاهرة.

ومنها: مالو تعدد الشرط كقوله: إن دخلت دار زيد أو كلّمت عمراً فأنت عليّ كظهر امّي وقع بأيّ واحد من الشرطين وجد، ثمّ لا يقع بالآخر شيء لأنّه ظهار واحد، وكذا لو قدم الجزاء عليهما، وكذا إن قال: إن دخلت الدار و كلّمت زيداً أو قال: إن دخلت هذه الدار وإن دخلت الاخرى فأنت كظهر امّي. أمّا لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمّي وإن دخلت الاخرى فأنت كظهر امّي وقع الظهاران لتعدد الشرط و الجزاء، و لو قال: إن دخلت الدار و كلّمت زيداً فلابدّ من وجودهما معاً لوقوعه، ولا فرق أن يتقدم الكلام أو يتأخّر لأنّ الواو لمطلق الجمع على أصحّ القولين، والفروع بهذا المعنى كثيرة ممّا يطول بها الاملاء،

و عند مراجعة القواعد المقررة في الاصول و العربيّة تستخرج أحكام المعلّق من الظهار على التفصيل ، و ليس هذا التفريع من الاجتهادات المنهيّ عنها في الأخبار لأنّها مأخوذة من الصحاح الناطقة « إنّما علينا أن نلقي إليكم الاصول وعليكم أن تفرعوا عليها» كما في صحيحة البزنطي [(١)] وصحيحة زرارة ومحمّد بن مسلم [(٢)] ، و حيث قد ثبت التعليق في الظهار كان مترتّباً على ما علّق عليه كائناً ما كان .

الخامس: قد ثبت ممّا سبق في الدليل والفتوى أنّ الظهار حيث تستكمل شرائطه يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفّر سواء كفّر بالعتق أو الصيام أو الاطعام ، أمّا تحريم الوطء قبل العتق و الصيام فموضع وفاق بين المسلمين لقوله تعالى «فتحرير رقبة من قبل» ثمّ قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا » [(٣)] و أمّا تحريمه قبل الاطعام على تقدير عجزه عن الأولين فعليه الأكثر منّا ومن الجمهور لأنّ الله تعالى جعله بدلاً عنهما، و للأخبار النبويّة وغيرها من الخاصيّة والعاميّة .

فمنها : صحيحة زرارة كما في الكافي عن غير واحد عن أبي بصير [(٤)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا واقع المرة الثانية قبل أن يكفّر فعليه كفّارة اخرى» .

و صحيحة الحلبي [(٥)] كما رواه المحمّدون الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال «فإن واقع ـ يعني المظاهر ـ قبل أن يكفّر قال: يستغفر الله و يمسك حتّى يكفّر».

وصحيحة الحلبي [(٦)] الاخرى كما في التهذيب وقد تقدمت «قال : سألت

---

(١) بحار الانوار ج٢ ص٢٤٥ ح٥٤ وليس فيها «عليها» .
(٢) عوالي اللئالي ج٤ ص٦٣ ح١٧ وفيه: عن زرارة وأبي بصير وليس فيه «عليها».
(٣) سورة المجادلة ـ آية ٣و٤ .
(٤) الكافي ج٦ ص١٥٧ ح١٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٦ ب١٥ ح١ .
(٥) الكافي ج٦ ص١٥٦ ح١٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٦ ب١٥ ح٢ .
(٦) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٤ وفيهما «ان أراد أن يمسها» .

أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثمّ يريد أن يتمّ على طلاقها ،قال: ليس عليه كفّارة ، قلت : فإن أراد أن يمسّها ؟ قال : لايمسّها حتّى يكفّر ، قلت : فإن فعل فعليه شيء ؟ قال : إي و الله إنّه لآثم ظالم ، قلت : عليه كفّارة غير الأولى ؟ قال : نعم يعتق أيضاً رقبة» .

وصحيحة حفص بن البختري عن أبي بصير [1] «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : متى تجب الكفّارة على المظاهر ؟ قال : إذاأراد أن يواقع ، قال : قلت : فإنواقع قبل أن يكفّر؟ قال : فقال : عليه كفّارة اخرى» .

وصحيحة ابن مسكان عن الحسن الصيقل [2] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفّارة من قبل أن يتماسّا، قلت: فإنّه أتاها قبل أن يكفّر، قال : بئس ما صنع ، قلت : عليه شيء؟ قال:أساءوظلم، قلت: فيلزمه شيء ؟ قال : رقبة أيضاً» .

وقال ابن الجنيد منّا وبعض العامّة : إنّه إذا انتقل فرضه إلى الاطعام لم يحرم الوطء قبله لأنّ الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الاطعام . ويرده ماذكرناه من ثبوت البدليّة في الاطعام عنهاوإطلاق هذه الأدلّة .

وربما احتجّ لابن الجنيد بخبر زرارة [3] المروي من الصحيح و غيره كما سبق عن قريب حيث قال « إنّي ظاهرت من ام ّولدي ثمّ وقعت عليها ثمّ كفّرت قال : هكذا يصنع الرجل الفقيه إذ وقع كفّر » و قال في حسنته [4] « رجل ظاهر

(١) التهذيب ج٨ ص٢٠ ح٣٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٦ .

(٢) التهذيب ج٨ص١٨ح٣٢ وفيه «يعتق أيضاً رقبة»،الوسائل ج١٥ص٢٧دب١٥ ح٥وفيهما «عليه الكفارة» .

(٣) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٢٩مع تفاوت يسير، الوسائل ج١٥ص٥٢٩ ب١٦ح٢.

(٤) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٣٠، الوسائل ج١٥ ص٥٣٠ ب١٦ح٥ وفيهما «فقال لي : أو ليس» .

ثمّ واقع قبل أن يكفّر، فقال: أليس هكذا يفعل الفقيه» بحملهما على ما لو كان فرضه الاطعام لعجزه عن الأولين. واجيب عن ذلك بأنّهما منزلان على الظهار المشروط بالمواقعة، ويمكن الحمل على الانكار خصوصاً الأول أو المزاح كقوله صلّى الله عليه وآله(١) لعمّار: هكذا يتمرغ الحمار، على أنّ الاولى لاتدلّ إلّا على التكفير إذا وقع. وأمّا جواز التأخير وتعدد الكفّارة به أو عدمه فلادلالة على شيء من ذلك، وإن اعتمدنا على الثاني كان التأخير أفضل، وهو لا يقول به.

بقي هنا شيء وهو أنّ الأخبار السابقة قد تضمّنت وجوب كفّارة اخرى لو جامع قبل التكفير كما هو مجمع عليه إذا كانت الكفّارة صوماً أو عتقاً وقد جاءت بإزائها أخبار بأنّه ليس عليه إلّا كفّارة واحدة.

فلابدّ من الجمع بينها بوجه يدفع التنافي عنها مثل رواية زرارة(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «إنّ الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ غشيها قبل أن يكفّر فإنّما عليه كفّارة واحدة ويكفّ عنها حتّى يكفّر».

و خبر السكوني(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أتى رجل من الأنصار من بني النجّار إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله فقال: إنّي ظاهرت من امرأتي فواقعتها قبل أن اكفّر، قال: وما حملك على ذلك؟ قال: رأيت بريق خلخالها وبياض ساقها في القمر فواقعتها، فقال له النبي صلّى الله عليه وآله: لاتقربها حتّى تكفّر، و أمره بكفّارة واحدة».

وخبر علي بن جعفر(٤) كما في التهذيب وصحيحه كما في كتاب المسائل

---

(١) الفقيه ج١ ص ٥٧ ح ٢، الوسائل ج٢ ص٩٧٧ ب ١١ ح٨ و فيهما «كذلك يتمرغ الحمار».

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٠ ح٣٧، الوسائل ج١٥ ص٥٢٨ ب١٥ ح٩.

(٣) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٢٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح٧.

(٤) التهذيب ج٨ ص١٩ ح٣٥، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٧ وفيهما «وأمره بكفارة الظهار».

عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام في حديث ثمّ ذكر مثل خبر السكوني إلّا أنّه قال « فأمره بكفّارة الظهار و أن يستغفر الله تعالى». و قد حملها الشيخ على أنّه أمر بكفّارتين وإنّما أفردها للنوع أو الجنس، و احتمل فيها أنّ الوحدة لمكان الجهل لمعذوريّة الجاهل ، و استدلّ على ذلك بصحيحة محمّد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام «قال : الظهار لا يقع إلّا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتّى يكفّر، فإن جهل وفعل فإنّما عليه كفّارة واحدة» .

و يمكن حمل أخبار الوحدة على التقيّة لأنّه مذهب الشافعيّة في أحد قوليهما كما نقله شيخ الخلاف، و يشهد بذلك رواية السكوني(٢) له لأنّه عامّي ، و كذلك إسناد الرواية إلى علي عليه السلام .

السادس : لو وطأها خلال الصوم الذي للكفّارة استأنف في المشهور سواء كان بعد أن صام شهراً و من الثاني صام يوماً أم لا ، لأنّه صادق عليه أنّه وطأها قبل أن يكفّر فلا يحصل الامتثال بالاكمال على هذا الوجه، لأنّ المأمور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا ، ولا فرق بين كون الجماع مفسداً للصوم كما لو وقع نهاراً أم لا ، كما إذا وقع ليلاً .

وذهب ابن إدريس إلى عدم البطلان بالوطء ليلاً مطلقاً لأنّ التتابع عبارة عن إيقاع صوم اللاحق بعد السابق من غير فارق ، وهو متحقّق إن وطأ ليلاً ، و لا يستأنف الكفّارة لأنّه لم يبطل من الصوم شيء و عليه إتمامه و كفّارة اخرى للوطء . وقد قرّ به ثاني الشهيدين في المسالك ، إذ غاية ما استدلّوا به أن يكون قد أثم بالوطء خلال الصوم كما يأثم به لو فعله قبل الشروع في الكفّارة و إيجابه كفّارة اخرى ، أمّا وجوب استئناف هذه فلا .

و قولهم « إنّ المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس » لا ينفعهم

---

(١) التهذيب ج٨ ص١١ ح١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣١ ب١٦ ح٩ .
(٢) الكافي ج٦ ص١٥٩ ح٢٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٧ .

لأنّ الاستئناف لا يوجب كون الشهرين واقعين بعد التماس و إذا لم يوجبه كان بعض الشهرين قبل التماس ، و هذا أقرب ممّا هـو مأمور به من الأولين . ولئن سلّمنا لكن بمخالفته يحصل الاثم و الكفّارة كما لو واقع قبل الشروع فإنّه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنّه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماسّا ومع ذلك يقع مجزياً ، فالأقوى إذاً مختار ابن إدريس ، ووافقه عليه العلّامة في القواعد والشهيد في الدروس ويحيى بن سعيد في الجامع .

و بالجملة : فإنّه لادليل على الاستئناف، وعلى الأول كما هو المشهور هل يكفي الاستئناف عن كفّارة الوطء قبل كمال التكفير على القول بلزوم كفّارتين إن وطأ قبل التكفير؟ إشكال، من التردد في كون الوطء قبل التكفير لاحتمال أن يراد قبل الشروع فيه وقبل الاتمام. وعلى الثاني فالأقرب أنّ الوطء إن وقع ليلاً وجب الاتمام لا غير دون الاستئناف مطلقاً قبل إتباع الشهر الأول بيوم و بعده ، وفاقاً لاولئك الجماعة المذكورين لما عرفت من قوة دليلهم، ووجب التكفير ثانياً وفاقاً للجامع لابن سعيد لصدق الوطء قبل التكفير إذ لا تكفير بعد تمام الصيام . و كذا إن واقع نهاراً بعد أن صام من الثاني شيئاً في الأصح ، وإن واقع نهاراً وكان قبله استأنف لفقد التتابع و كفّر ثانياً بعد الاستئناف ، فإنّ تقدم الوطء على التكفير هاهنا أظهر .

السابع : هل يحرم عليه ما دون الوطء كالملامسة و القبلة و غير ذلك من الاستمتاعات غير الجماع كما يحرم الجماع ؟ فيه خلاف ، فقال بعضهم بالأول ، وجماعة على الثاني ، وظاهر الآية وأكثر الأخبار الواردة قصره على المسيس لأنّه حقيقة فيه ، و احتجّ الآخرون بأنّ المسيس يطلق على ما هـو أعمّ من الجماع ولاطلاق الأخبار الدالّة على تحريم المظاهر منها عليه الشامل لبقيّة الاستمتاعات وإن كانت الكفّارة مترتّبة على إرادة الجماع . و ممّن ذهب إلى التحريم الشيخ وجماعة، وإلى الجواز ابن إدريس لادعائه الاتّفاق على إرادة الجماع بالمسيس هاهنا لاتحريمها عليه للأصل من غير معارض. فإن تشبّهت بغيرها حتّى وطأها أو استدخلت

ذكره وهو نائم لم تفعل حراماً .

ومبنى هذا الخلاف على المراد من المسيس في الآية والرواية لأنّ المسيس لغةً شامل لسائر الاستمتاعات حقيقة لأنّه تلاقي الأبدان، والأصل بقاؤه على ما كان لأنّ الأصل عدم النقل والاشتراك، ومن قال باختصاصه بالجماع فقد تمسّك بأنّ المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى «من قبل أن تمسّوهنّ» والأصل في الاطلاق الحقيقة واجب باستلزامه النقل أو الاشتراك ، إذ لا خلاف في عموم معناه لغةً ، فجاز استعماله في بعض أفراده مجازاً ، والمجاز خير منهما كما تقرر في محلّه ، وكثيراً ما يعدل في القرآن عمّا يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك ولأنّ مقتضى تشبيهها بالامّ كون تحريمها على حدّ تحريمها إلى أن يكفّر وهو متناول لغير الوطء من ضروبه ، ويشكل بأنّ ذلك يقتضي تحريم النظر بشهوة والآية لا تدلّ عليه . وظاهر بعض الأصحاب أنّه غير محرم لعدم الدليل عليه ، وأنّ الكلام فيما يدخل في مفهوم التماس لغةً من ضروب الاستمتاع ، وبأنّها لم تخرج عن ملكه الاستمتاع بالظهار فاشبه الصوم والحيض، فاستصحاب الحمل فيماعدا موضع الوفاق هو الوجه .

واعلم أنّ تحريم المرأة شرعاً تارةً تختصّ بالوطء كحالة الحيض والصوم وتارةً يعمّ كحالة الاحرام والاعتكاف وتارةً يقع فيه الاختلاف كحالة الاستبراء والظهار واستمتاع المالك بالجارية المرهونة، ومن قسم العموم الاستمتاع بالمعتدة والمرتدة والأمة المزوجة بغير المالك بالنسبة إليه والمعتدة عن وطء الشبهة، ويلحق في الصوم النظر و اللمس لمن يخشى الانزال بالوطء في التحريم .

الثامن: إذا عجز المظاهر عن الكفّارة بخصالها الثلاث فهل لها بدل يتوقّف عليه حلّ الوطء؟ قيل: نعم، وهو المشهور ، وقيل: لا بدل لها في الظهار، وهو أحد أقوال الشيخ الثلاثة ، وهو مذهب المفيد وابن الجنيد ، فعند تعذر الخصال الثلاث لابدل لها أصلاً بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدي الواجب منها ، وسيجيء دليل

هذا القول .

ثمّ إنّ القائلين بالبدل اختلفوا في المراد منه . فشيخ النهاية أنّ للاطعام بدلًا وهو صيام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفّر . وقال ابنا بابويه : إنّه مع العجز عن إطعام الستّين يتصدق بما يطيق ثمّ يجامع. وقال ابن حمزة: إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوماً ، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدّين من طعام . وقال ابن إدريس : إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار ويكفي في حلّ الوطء ، ولا يجب عليه قضاء الكفّارة بعد ذلك وإن تجددت قدرته عليها .

وللشيخ قول آخر بذلك لكن تجب الكفّارة إن قدر. وقد احتجّ في المختلف للاجتزاء بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث لأصالة براءة الذمّة وإباحة الوطء، و إيجاب الكفّارة مع العجز تكليف ما لا يطاق ، و الأصل عدم وجوب الطلاق ، و بمعتبرة إسحاق بن عمّار [(١)] المعدودة عندهم في الموثّق و عندنا في الصحيح عن الصادق عليه السلام « قال : الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفّارة فليستغفر ربّه و ينوي أن لا يعود قبل أن يواقع ، و قد أجزأ ذلك عنه من الكفّارة ، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفّر به يوماً من الأيّام فليكفّر، وإن تصدّق بكفّه وأطعم نفسه وعياله فإنّه يجزيه إذا كان محتاجاً، وإن لا يجد ذلك فليستغفر ربّه وينوي أن لا يعود، فحسبه ذلك والله كفّارة» وبخبر داود بن فرقد [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال «إنّ الاستغفار توبة و كفّارة لكلّ من لم يجد السبيل إلى شيء من الكفّارة». وأورد على هذا الاستدلال بأنّ أصالة البراءة وإباحة الوطء انقطعا بالظهار، فإنّه

(١) الكافي ج٧ ص ٤٦١ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٥٥ ب٦ ح٤ وفيهما « و ان تصدق وأطعم » .

(٢) التهذيب ج٨ ص ٣٢٠ ح٤ وفيه « فان الاستغفار » ، الوسائل ج١٥ ص٥٥٥ ب٦ ح٣ .

حرم الوطء بإجماع المسلمين وأوجب الكفّارة مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى الدليل القاطع .

ثمّ قال ثاني الشهيدين في المسالك بعد الردّ بذلك: و من العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال ، أمّا الرواية فدلالتها لا يخلو من اضطراب لتضمّن صدرها وجوب الكفّارة إذا قدر عليه بعد الاستغفار و آخرها عدمه ، مع أنّ العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثّق خصوصاً مع معارضته القرآن وما هو أقوى دلالة ، و العلّامة ـ رحمه الله ـ كالشيخ لا ينضبط مذهبه في العمل بالرواية مع أنّه في اصول الفقة اشترط في الراوي الايمان والعدالة ، وفي فروع الفقة له آراء متعددة منها قبول الموثّق ـ كما هنا ـ بل ما هو أدنى مرتبة منه . و فيه نظر من وجوه :

أمّا أولاً: فلأنّ قطعيّة تحريم الوطء بإجماع المسلمين و كذا إيجاب الكفّارة مع العود لاينفيان الاجتزاء بما دلّ الدليل الخاصّ على بدليّته عن الكفّارة عند العجز عنها ـ أعني الاستغفار ـ على وجه يكون مراعىً إجزاءه بعدم القدرة ثمّ يجب القضاء بعد ذلك ، و لا يضرّ هذا في اعتبار البدليّة لأنّ هذا بدل مسوغ للمواقعة المضطرّ إليها ، وفيه جمع بين الحقّين لأنّه لم يستحلّ ذلك المحرم بغير كفّارة أصلاً بل الاستغفار كفّارة لكلّ ذنب ، كما دلّت عليه تلك الروايات المعتبرة و خبر داود بن فرقد و خبر أبي بصير الآتي الدالّ بعمومه في كلّ حقّ و إن أخرج الظهار منها مبالغة في عقوبة الظهار لئلّا يتهاون الناس به ، فلا معنى إذاً لبقاء قطعيّة تحريم الوطء ووجوب الكفّارة .

وأمّا ثانياً: فلأنّ ما طعن به العلّامة من علمه بالموثّق خصوصاً مع معارضته القرآن وما هو أقوى دلالة فهو طعن بما وقع منه ـ قدس سره ـ غير مرة ، فقد عمل بالموثّق في مسائل عديدة في غير بيان ما يجبره ، وأين المعارضة بين القرآن وبين هذا الموثّق؟ لأنّ القرآن إنّما أوجب عليه الكفّارة عند إرادة المسيس عند

القدرة على ذلك وإلّا لكان تكليفاً بما لا يطاق ، و هكذا في كلّ مقام تجب فيه الكفّارة ولو كانت كفّارة قتل النفس، على أنّ الحقّ أنّ إسحاق بن عمّار ممّا تبتت وثاقته في كلام النجاشي من غير تعرض لفطحيّته ، و إنّما ثبتت الفطحيّة له في كلام الشيخ ، وليس في إسحاق بن عمّار الثابت وثاقته ، بل لابن عمّار بن موسى الساباطي ، وذلك ابن حيان الصيرفي ،و لكن توهّم جماعة الاتّحاد فجمعوا بين التوثيق و الفطحيّة في روايات إسحاق بن عمّار بقول مطلق ، مع أنّا لم نقف على رواية لابن عمّار الساباطي ، فالحقّ عدّ حديثه في الصحيح .

وأمّا ما قرره في اصول الفقة من اشتراطه في الراوي الايمان والعدالة فذلك ممّا لا يلتزمه في كلّ رواية هذا المعترض لأنّه يلزمه قصر عمله على الصحيح وحده، مع أنّ ظاهرهم الاطباق على العمل بالموثّقات والحسان بل الأخبار الضعاف إذا كانت معضودة بالقرائن .

وأمّا ثالثاً: فلأنّه لا اضطراب في الحقيقة في هذه الروايات فإنّ صدرها إنّما دلّ على وجوب الصدقة في الجملة إذا قدر عليها بعد الاستغفار، وأمّا عجزها فلا يدلّ على كفاية الاستغفار مطلقاً بل مقيّد إطلاقه بما في صدرها حيث قال «وإن لايجد ذلك فليستغفر ربّه وينوي أن لايعود وحسبه بذلك والله كفّارة» وهو كما ترى لا يبقى وجوب ذلك القدر من الصدقة بكفّه بحيث يجزيه الاستغفار عنه وإن قدر عليه مع إمكان حمل ذلك القدر على الاستحباب .

واحتجّ الشيخان ومن تبعهما على إيجاب ثمانيةعشر يوماً بدلاً مع العجز عن الخصال بخبر أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام كما في التهذيب والكافي «قال : سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولاما يتصدق ولايقوى على الصيام ، قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكلّ عشرة مساكين ثلاثة أيّام» . وبمارواه في الهداية

(١) لم نعثر عليه في الكافي، التهذيب ج٨ ص٢٣ ح٤٩، الوسائل ج١٥ ص٥٥٨ ب٨ ح١ .

للصدوق[١] مرسلاً « قال: قد روي أنّه يصوم ثمانية عشر يوماً » وقدح على الاستدلال بهذه الرواية بضعف سندها بوهب بن حفص و باشتراك أبي بصير. وفيه أنّ هذا غير قادح لأنّه معضود بعمل هؤلاء الأجلّاء وبما ورد في كفّارة غير الظهار، كما تقدم في كفّارة شهر رمضان وغيره من الكفّارات من بدليّة الثمانية عشر عن صيام الشهرين المتتابعين. وقد رواه الصدوق في الهداية مرسلاً في خصوص الظهار ويمكن حمله على الاستحباب أيضاً لمعارضته لما دلّ على جواز الاكتفاء بالاستغفار.

و أمّا أدلّة بقيّة الأقوال فيمكن أن يستدلّ للصدوق بأنّه يتصدق بما يطيق مع العجز عن إطعام الستّين بقوله عليه‌السلام في خبر أبي بصير[٢] «إذا وجد السبيل إلى ما يكفّر به يوماً من الأيّام فليكفّر، وإن تصدق بكفّه فأطعم نفسه وعياله فإنّه يجزيه إذا كان محتاجاً».

وبما رواه في كتاب الهداية[٣] والفقيه[٤] مرسلاً حيث قال «إن لم يجد ما يطعم ستّين مسكيناً صام ثمانية عشر يوماً». وروي[٥] «أنّه يتصدق بما يطيق» و كأنّه يختار في الفقيه الجمع في الأخبار بين صوم الثمانية عشر يوماً أو يتصدق بما يطيق فيكون مخيّراً بينهما، إلّا أنّه في الفقيه عيّن الثمانية عشر ابتداءً، وأسند التصدق بما يطيق إلى الرواية وعكس في الهداية. وفي النهاية للشيخ اقتصر على صيام ثمانية عشر يوماً. وفي الشرايع والقواعد للمحقّق والعلّامة يصوم ثمانية عشر يوماً فإن عجز تصدق عن كلّ يوم بمدّ. وكأنّهما جمعا بالترتيب بين الأخبار، ولا بأس به وإن كان الأول أقوى. وأمّا تفصيل ابن حمزة بأنّه إذا عجز عن صوم الشهرين المتتابعين كان بدله صوم ثمانية عشر يوماً، فإن عجز تصدّق

(١) الجوامع الفقهية ص٦٠.

(٢) الكافي ج٧ ص٤٦١ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٥٥ ب٦ ح٤ و فيهما «وان تصدق وأطعم» ولعل سهو قد وقع في اسم الراوى فالصحيح اسحاق بن عمار.

(٣) الجوامع الفقهية ص٦٠. (٤) و(٥) الفقيه ج٣ ص٣٤١.

عن كلّ يوم بمدّين من طعام فلا أعرف له مستنداً ولا مأخذاً من الجمع بين الأخبار لأنّ الجميع خالية عن هذا المقدار .

وأمّا القول الأخير أعني قول المفيد وابن الجنيد والشيخ في قوله الثالث بأنّ هذه الخصال الثلاث لا بدل لها أصلاً بل يحرم عليه وطؤها إلّا أن يؤدي الواجب أخذاً بظاهر القرآن وبرواية أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام «قال: كلّ من عجز عن الكفّارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفّارة فالاستغفار له كفّارة ما خلا يمين الظهار فإنّه إذا لم يجد ما يكفّر به حرم عليه أن يجامعها وفرق بينهما إلى أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها» وهذه الرواية من الصحيح كما في التهذيب وإن أرسلها في الكافي إلّا أنّها من مراسيل ابن أبي عمير وهي بمنزلة الصحاح عندهم، والعجب من فقهائنا المتأخّرين كيف لم ينظموها في سلك الصحيح!! و كأنّهم لم يراعوا طريقها من التهذيب .

و خبر محمّد بن سنان عن أبي الجارود بن المنذر(٢) «قال : سأل أبو الورد أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت عليّ كظهر امّي مائة مرة، فقال أبو جعفر عليه السلام : يطيق لكلّ مرة عتق رقبة؟ فقال : لا ، فقال : يطيق إطعام ستّين مسكيناً مائة مرة؟ قال : لا ، قال : فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة؟ قال : لا، قال : يفرق بينهما» .

وهذا القول أقوى الأقوال لولا مخالفة المشهور وأخبار الاستغفار ، وحمله على الاستحباب لا بأس به كما احتمله فاضل الوسائل .

واعلم أنّ المراد بالاستغفار في هذا الباب و نظائره كما هو مؤدى الأخبار هو أن يقول : أستغفر الله مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب والعزم

(١) الكافي ج٧ص٤٦١ح٥، التهذيب ج٨ص١٦ح٢٥، الوسائل ج١٥ ص٥٥٤ب٦ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٨ص٢٢ح٤٧، الوسائل ج١٥ ص٥٥٤ب٦ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

على ترك المعاودة على الذنب أبداً ، ولا يكفي اللفظ المجرد عن ذلك وإنّما جعله الشارع كاشفاً عمّا في القلب ، كما جعل الاسلام في اللفظ كاشفاً عمّا في القلب لكن اللفظ كافٍ في البدليّة ظاهراً ، و أمّا فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الامور الباطنيّة لم يترتّب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير فيجب عليه كفّاره اخرى في نفس الأمر و إن لم نحكم عليه ظاهراً .

التاسع : قدثبت ممّا سبق من وجوب التكفير قبل المجامعة وجوب تكرر الكفّارة بتكرر الوطء في المشهور ، بل كاد أن يكون إجماعيّاً .

ويدلّ عليه صدق الوطء قبل التكفير على كلّ منهما ، و كلّ وطء قبل التكفير سبب للكفّارة ، والأصل عدم التداخل .

وصحيحة أبي بصير [1] المستفيضة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا واقع المرة الثانية قبل أن يكفّر فعليه كفّارة اخرى ليس في هذا اختلاف» .

وصحيحة الحلبي [2] التي مرّ ذكرها «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ـ وساق الحديث إلى أن قال : ـ قلت : إن أراد أن يمسّها ؟ ـ يعني المظاهر ـ قال : لايمسّها حتّى يكفّر ، قلت : فإن فعل فعليه شيء؟ قال : إي والله إنّه لآثم ظالم قلت : عليه كفّارة دون الاولى ؟ قال : نعم يعتق أيضاً رقبة» .

وحسنة أبي بصير [3] «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : متى تجب الكفّارة على المظاهر ؟ قال : إذا أراد أن يواقع ، قال : قلت : فإن أراد أن يواقع قبل أن يكفّر ؟ قال : فقال : عليه كفّارة اخرى» .

و مثلهما أيضاً صحيحة ابن مسكان عن الحسن الصيقل [4] عن أبي عبدالله عليه السلام

(١) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣٣، الوسائل ج١٥ ص٥٢٦ ب١٥ ح١ .
(٢) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٤ وعبارة «يعنى المظاهر» زيادة من المؤلف ـ قدس سره ـ .
(٣) التهذيب ج٨ ص٢٠ ح٣٩، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٦ وفيهما اختلاف يسير .
(٤) التهذيب ج٨ ص١٨ ح٣٢، الوسائل ج١٥ ص٥٢٧ ب١٥ ح٥ وفيهما اختلاف يسير.

«قال: قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفّارة من قبل أن يتماسّا قلت: فإن أتاها قبل أن يكفّر؟ قال: بئس ما صنع، قلت: عليه شيء؟ قال: أساء وظلم، قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبة أيضاً».

وظواهر هذه الأخبار كما ترى التعميم ومن هنا اخذ بها المشهور، وخالف ابن حمزة ففصل بين ما لو كفّر عن الوطء الأول و بين عدمه، فعلى الأول يتكرر وعلى الثاني فلا، محتجّاً بأنّ الأخبار الموجبة لكفّارة اخرى للوطء تشمل الوطء الواحد والمتعدد والأصل البراءة من التكرير، فإذا وطأ مرات قبل التكفير لم يكن عليه سوى كفّارة. وأمّا إذا كفر ّعن الأول، فإذا وطأ ثانياً صدق عليه أنّه وطأ قبل التكفير فلزمته كفّارة اخرى، وفيه نظر لأنّ الأخبار المذكورة قد علّقت التكفير عن تكفير الظهار على المواقعة قبل التكفير أعمّ من أن يكون متّحداً أو مكرراً، والأخبار وإن لم تكن نصّاً في ذلك لكنّها ظاهرة فيه. فما ادعاه الفاضل المحقّق السيّد محمّد باقر المشهور بالهندي في كشف اللثام من قوة قول ابن حمزة لعدم التنصيص في خبر أبي بصير في إيجاب التكرار مطلقاً من أعجب العجيب منه لأنّ الأحكام الشرعيّة أكثرها مأخذها الظواهر، فكيف يجوز العدول عنها والخلود إلى مجرد التعليل، فقول المشهور هو المعتمد.

العاشر: لو صبرت المظاهرة على ظهار زوجها ولم تعارضه فلا اعتراض عليها في ذلك ولا على الزوج، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم خيّره بين العود والتكفير وبين الطلاق، فإن أبى عنهما أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة لينظر في أمره، فإذا انقضت المدة ولم يختر أحدهما حبسه وضيّق عليه في المطعم والمشرب بأن يمنعه ممّا زاد على ما يسدّ الرمق ويشقّ معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين، ولا يجبره على أحدهما عيناً بل يخيّره بينهما ـ كما مرّ ـ لا من حيث الطلاق الاجباري لا يصحّ، لأنّ الاجبار يتحقّق على التقديرين، فإنّه أحد الأمرين المحمول عليهما بجبر فهو محمول عليه في الجملة، بل لأنّ الشارع لم يجبره إلّا كذلك،

ولو أمر بإجباره على الطلاق بخصوصه لجاز كما جاء في الأخبار والفتوى في مواضع عديدة، ولم ينافِ صحّة الفعل وظاهر الأصحاب ـ رضوان الله عليهم ـ الاتّفاق على هذا الحكم .

ويدلّ عليه بعد الاتّفاق خبر أبي بصير [١] المتقدم المشتمل على وهيب بن حفص «قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين ـ وساق الحديث إلى أن قال: ـ وإلّا ترك ثلاثة أشهر ، فإن فاء وإلّا أوقف حتّى يُسأل : ألك حاجة في امرأتك أو تطلّقها ؟ فإن فاء فليس عليه شيء وهي امرأته ، وإن طلّق واحدة فهو أملك برجعتها » .

وهذا الخبر كما ترى مع ضعف أسناده واشتمال متنه على التخيير في الكفّارة بين الخصال الثلاث لا يفي ببقيّة الأحكام، لكنّ الأصحاب استدلّوا به على ذلك وهو استدلال في غير محلّه، وكأنّهم قاسوه على الايلاء، حيث إنّه سيأتي فيه هذا الالزام بهذه الأحكام والتضييق عليه لو امتنع لكنّهما متخالفان في المدة لأنّ مدة الايلاء مقدرة بالأشهر وهذا بالثلاثة ، ومن هنا استشكل جماعة من متأخّري المتأخّرين التقدير بها لنقصانها عن مدة الجماع الواجب للزوجة ، فيكون الحكم بإطلاقه مشكل لشموله لما إذا رافعته عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضيّ المدة المضروبة ، فإنّ الواجب وطؤها في كلّ أربعة أشهر ، وأمّا غيره من الحقوق فلا يفوت بالظهار، إذ لا يحرم غير الوطء كما تقدم .

وتدلّ عليه صحيحة بريد العجلي [٢] المرويّة في الفقيه وخبر يزيد الكناسي [٣] كما في الكافي والتهذيب حيث قال فيهما « قلت له : فإن ظاهر منها

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤ ح٥٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٣ ب١٨ ح١ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٢ ح٦، الوسائل ج١٥ ص٥٣٢ ب١٧ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج٦ ص١٦١ ح٣٤، التهذيب ج٨ ص١٦ ح٢٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٢ ب١٧ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير .

ثمّ تركها لا يمسّها إلّا أنّه يراها متجردة من غير أن يمسّها ، هل عليه شيء في ذلك ؟ قال : هي امرأته و ليس يحرم عليه مجامعتها ، و لكن يجب عليه ما يجب على المظاهر قبل أن يجامع وهي امرأته ، قلت: فإن رفعته إلى السلطان وقالت: هذا زوجي و قد ظاهر منّي وقد أمسك منّي مخافة ما يجب عليه ما يجب على المظاهر ؟ فقال: ليس عليه أن يجبر على العتق والصيام والاطعام إذا لم يكن له ما يعتق ولم يقو على الصيام ولم يجد مايتصدق به، فإن كان يقدر على أن يعتق فإنّ على الامام أن يجبره على العتق أو الصدقة من قبل أن يماسّها » .

و يستفاد من عجز هاتين الروايتين و صدرهما أنّه لا جبر مع العجز عن الكفّارة ومع القدرة يجبر عليها ، و لكن يجمع بينه و بين خبر أبي بصير المتقدم بأنّ الخبر على الكفّارة عند القدرة جبر على جهة التخيير لا على جهة التعيين، كما قررناه فيما سبق من فتوى الأصحاب و من الأخبار .

الحادي عشر : لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار ، بمعنى أنّه لا يقع أحدهما مع إرادة الآخر فيكون وقوع كلّ واحد بصيغته المعدة له مع إرادته فيقع على الآخر كما تفتي به العامّة ، لأنّهم جعلوا الظهار طلاقاً وبالعكس عند قصد أحدهما من الآخر .

ويدلّ على هذا الحكم مارواه الصدوق في الفقيه [1] مرسلاً عن الصادق عليه السلام « قال : لا يقع ظهار على طلاق و لا طلاق على ظهار » فيكون « على » بمعنى « مع » كما في قوله تعالى « و يطعمون الطعام على حبّه » [2] « وإنّ ربّك لذو مغفرةٍ للناس على ظلمهم » [3] .

ويمكن أن يراد من صدر الخبر أنّ الظهار لا يقع إلّا على غير المطلّقة ،

---

(١) الفقيه ج٣ ص٣٤٥ ح١٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٤ ب٢٠ ح١ .
(٢) سوره الدهر ــ آية٨ .
(٣) سورة الرعد ــ آية٦ .

فعند تقدم الطلاق لا يقع به الظهار . و أمّا عجزه فيمكن أن يكون صدر تقيّة حيث إنّ الظهار عندهم طلاق فلا يقع طلاق على طلاق بغير رجعة .

و بالجملة : ففقه هذا الحديث من المتشابهات وماذكرناه في معناه و إن كان مقرباً له إلى الفقه الصحيح من وجه لكنّه مبعدله من وجه آخر ، إلّا أنّه محتمل التقيّة .

الثاني عشر: قد جاء في خبر السكوني[1] المروي في الفقيه « قال : قال علي عليه‌السلام في رجل آلى في امرأته وظاهر منها في مرة واحدة، قال: عليه كفّارة واحدة».

ورواه في الجعفريّات[2] بإسناده المشهور عن علي عليه‌السلام مثله، وحكمه لا يخلو عن إبهام و إشكال ، ولهذا كثر فيه الاحتمال ، فاحتمل فيه محدّث الوسائل في تعليقاته عليها أنّ المراد من اجتماع الايلاء والظهار أن يقول: والله أنت عليّ كظهر امّي لا اجامعك، واحتمل العموم في جميع الصور، سواء تقدم الايلاء أو تأخّر، إلّا أنّ في قوله عليه‌السلام « في كلمة واحدة » إيماء لباقي الصور إن حملت الكلمة على ظاهرها ، و يحتمل حمل الكلمة على الكلام التامّ مثل قوله تعالى « كلّا إنّها كلمة هو قائلها »[3] و كذا في قوله عليه‌السلام « كفّارة واحدة » أشدّ إجمالاً لأنّه محتمل لتداخل الكفّارتين لأنّ العتق منطبق عليهما، أوأنّه إشارة إلى انعقاد الأول منهما، فإن قدم الظهار فكفّارته كفّارته، وإن قدم الايلاء كانت الكفّارة كفّارته، ويحتمل التداخل بأن تكون الكفّارة عنهما سواء جعلها كفّارة ظهار أو كفّارة إيلاء . ولكن هذه الفروع والاحتمالات المذكورة لم يتعرض لها أحد من فقهائنا بنفي ولا إثبات ولا حكم اجتماعهما وما الذي يصحّ منه وما لا يصحّ، لكنّ ظاهر

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ١٩ ح ١ و فيهما اختلاف يسير .

(٢) قرب الاسناد ص١١٥ وفيه « وظاهر في ساعة واحدة » .

(٣) سورة المؤمنون ــ آية ١٠٠ .

فقيه الفقيه العمل بهذه الرواية لا يراده لها ساكتاً عليها ، و الأقرب حملها على التقيّة، و تؤيّده رواية السكوني[١] لها عن علي عليه السلام .

الثالث عشر: لو صدرت المظاهرة من الزوجة للزوج وقع لاغياً لأنّها وظيفة الرجل كالطلاق والايلاء ، وهذا مجمع عليه .

وتدلّ عليه بالخصوص روايتا السكوني[٢] عن أمير المؤمنين عليه السلام كما هما في الفقيه والكافي « قال : إذا قالت المرأة : زوجي عليّ كظهر امّي فلا كفّارة عليهما » .

وأمّا بيان أحكام كفّارة الظهار فسيأتي في كتاب الكفّارات إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) الفقيه ج٣ ص٣٤٤ ح١٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٤ ب١٩ ح١ .

(٢) الكافى ج٦ ص ١٥٩ ح٢٧ و فيه « زوجى على حرام » ، الفقيه ج ٣ ص٣٤٦ ح٢٢ وفيهما « فلا كفارة عليها » ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٤ ب٢١ ح١ .

كتاب الايلاء

وهو لغةً الحلف مأخوذ من آلى يؤلي إيلاءً واليةً والجمع الألايا مثل عطيّة وعطايا ويقال ائتلا يأتلي ائتلاءً، ومنه قوله تعالى « ولا يأتل اولوا الفضل منكم و السعة أن يؤتوا اولي القربى » (١).

وشرعاً الحلف على الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر وقد جاء القرآن به كما في قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربّص أربعة أشهر» إلى قوله « وإن عزموا الطلاق فإنّ الله سميع عليم» (٢). وقد جاءت الأخبار في تفسير هذه الآية شاهدة بأنّ المراد بالايلاء هو المعنى الشرعي، وهو من باب تسمية الجزء باسم الكلّ، وقد كان طلاقاً في الجاهلية كالظهار فغيّر الشارع حكمه وجعل له أحكاماً خاصّة، فإن جمع الشرائط و إلّا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين ويلحقه حكمه . وقد اشتمل هذا الكتاب على مقصدين :

الاول: في أركانه

وهي أربعة :

الاول الحالف :

وهو المؤلي، ويعتبر فيه العقل والبلوغ والاختيار والقصد، ولا يراعى فيه

---

(١) سورة النور ــ آية ٢٢ .

(٢) سورة البقرة ــ آية ٢٢٦و٢٢٧ .

الحريّة ، فيقع من المملوك لعموم الكتاب و السنّة سواء كانت زوجته حرة أو أمة لمولى أولغيره، لكن إذا كانت أمة للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقيّة الولد فقد ينقدح عدموقوع الايلاء منه لأنّ الحقّ فيه لمولاه فيتوقّف على إذنه، ووجه الوقوع عموم الآية ، وأنّ المولى ليس له إجباره على الوطء مطلقاً .

والأقوى عندي اشتراط رضا المولى و إذنه في أصل الايلاء ، لأنّه إن كان يميناً فلا يمين لمملوك مع سيّده كما دلّت عليه النصوص و الاجماع من غير فرق بين اليمين المطلقة أو الخاصّة ، وإن كان إيقاعاً خاصّاً كالطلاق والظهار فقد دلّ الكتاب والسنّة على الحجر عليه في نفسه وماله لأنّه عبد مملوك لايقدر على شيء والايلاء شيء، وقدتقدمت تلك الأخبار الصحاح في الطلاق وإن كان الأكثر قيّدوها بما إذا كان أمة للمولى وجعلوا طلاق الحرة بيده ، و الأقوى أنّ طلاقه موقوف على رضا المولى كما جاء في صحيح زرارة [(١)] عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبدالله عليه السلام « قال : المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده ، قلت: فإنّ السيّد زوّجه بيد من الطلاق ، قال : بيد السيّد « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » [(٢)] أفشيء الطلاق؟ » و ظاهر استدلاله عليه السلام بالآية اعتبار عموم حكمها فيكون إطلاق الحكم في الايلاء مقيّداً بهذه الآية وبهذه الأخبار، و كذلك بالأخبار الواردة في اليمين وهي مستفيضة ، والعجب من الأصحاب هنا كيف غفلوا عن ذلك وأطلقوا الحكم كما ترى .

و كذلك يقع من الذمّي وغيره من الكفّار المقرين بالله ولا ينحلّ بالاسلام خلافاً لمالك من العامّة ، ولم يخالف هنا الشيخ في صحّته من الذمّي وقد خالف في الظهار مع أنّ المقتضي واحد ، و قد وافق الشيخ هناك القاضي ابن البراج

(١) التهذيب ج٧ ص٣٤٧ ح٥٠، الفقيه ج٣ ص٣٥٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٣٤٣ ب٤٥ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير .
(٢) سورة النحل ـ آية ٧٥ .

و ظاهر ابن الجنيد و ابن شهراشوب وظاهر المبسوط أيضاً الاجماع على المنع في ذلك ، وقد استدل على المنع بأنه حكم شرعي فكيف يصح بمن لا يقر به وبأن من لوازمه التكفير إذا عاد وهو عبادة لا تصح منه ! فكان عليه أن يقول بالمنع هنا للمشاركة في هذا المقتضي وإن كان ضعيفاً حذراً من التحكم .

و يقع أيضاً من الخصي السالم الانثيين، ففي الأخبار أنه يولج أشد من إيلاج الفحل ، ومن المجبوب إن بقي له ما يطأ به على القطع ، أمّا لو لم يبق له ففيه إشكال من العموم فيدخل، ومن عدم إمكان الوطء فينتفي لعدم إجباره بالفئة هنا ، و من انتفاء الاضرار من كونه مبتنياً على ترك الممتنع و المستحيل كأن يحلف لا يصعدن السماء ، و الأول خيرة المبسوط و التحرير و الارشاد والتبصرة و التخليص [1] والشرايع ، والثاني خيرة المختلف ، و على الأول ـ وهو الأقوى ـ تكون فئته كالعاجز عن الفئة و يكفي في فئته بأن يقول باللسان إنّي لو قدرت لفعلت ، إلّا أنّ المريض يقول إذا قدرت فعلت لأنّ قدرته متوقّعة ، وأورد عليه أنّ شرط الصحّة مفقود فيه وهو مخصوص لعموم الآية مع ظهور الفرق بينه وبين المريض لتوقّع زوال عذره دونه ولامكان مرافعته وضرب المدة له، وقوله باللسان ذلك غير نافع لأنّه في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع .

وأمّا الأشل ومن بقي من ذكره بعد الجب مادون قدر الحشفة فهو كالمجبوب جميعه، ولو عرض الجب بعد الايلاء فوجهان، وهنا أولى بالوقوع لوجود الشرط حالة الايلاء وكان قصد الاضرار والايلاء صحيحاً منه في الابتداء. وقوى ثاني الشهيدين هنا بطلان اليمين لاستحالة بقائها مع استحالة الحنث و مجرد المطالبة باللسان ، وضرب المدة لذلك قبيح كالمجبوب ابتداءً ، والاحتياط في جميع هذه الصور الأخذ بحكم الايلاء في وجوب التكفير عند إمكان الفئة وإن تخلّف بعض اللوازم .

أمّا العنن فهو داخل في المرض ويقع من المطلّق رجعيّاً ، كما في المبسوط

(١) كذا ، والظاهر « التلخيص » .

ناقلاً عليه الوفاق ابقاء الزوجيّة ، ويحتسب زمان العدة من زمان التربّص كما ذكره في المبسوط و الخلاف و الشرايع ، وإنّما يتمّ إن كان ابتداؤها من اليمين ـ كما هو أحد القولين في المسألة ـ فإنّه إذا كانت من المرافعة لم يتصور إذا لم تستحقّ الاستمتاع بدون المراجعة فلا يحتسب مدة العدة منها كما أفتى به في التحرير ، و سيجيء تحقيق هذا الحكم في أحكام الايلاء المتفرعة على أركانه . وكذا لو طلّق رجعيّاً بعد الايلاء ثمّ راجع فيحتسب زمان العدة من المدة إن ابتدأت المدة من اليمين أورفعت أمرها قبل الطلاق ، ويقع عند جماعة من علمائنا من المظاهر فإنّه أولى من المطلّق لتمام الزوجيّة ، وعند هؤلاء يقع الظهار من المولى أيضاً ، وقد تكلّموا على المسألة في الايلاء وتركوها في الظهار ، وقد سمعت الخبرين المرويين عن علي عليه السلام كما في الفقيه والجعفريّات ، وقد تقدم الكلام عليهما إلّا أنّه قبل الوقوف على كلامهم في الايلاء . وسنذكره إن شاءالله تعالى في الفروع الآتية .

الثاني في المحلوف عليه :

ويدخل فيه المولى منها وهو ترك جماع زوجته الدائمة قبلاً للاضرار أكثر من أربعة أشهر أو مطلقاً ، وسيجيء بيان فائدة هذه القيود في هذا الفصل ، ويشترط كونها منكوحة بالعقد الدائم فلا يقع بالمستمتع بها على الأقوى . وقد تقدم الكلام في نكاح المتعة ولا بالموطوءة بالملك و كذلك المحلّلة له من الاماء .

ويدلّ على اعتبار هذه الشروط قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم»[1] لأنّ المتبادر من النساء الدائمات ولتخصيصها بقوله «فإن عزموا الطلاق» بعد قوله « للذين يؤلون من نسائهم» وللأخبار المفسّرة للايلاء في الآية وغيرها .

ففي صحيحة أبي بصير[2] كما في تفسير القمّي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: الايلاء

(١) سورة البقرة ـ آية ٢٢٦ .

(٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦ .

هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لايجامعها ، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعته الى الامام أنظره أربعة أشهر ثمّ يقول له بعد ذلك إمّا أن ترجع إلى المناكحة وإمّا أن تطلّق ،فإن أبى حبسه أبداً» .

وفي صحيحته الاخرى[1] وموثّقته[2] كمافي الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الايلاء ماهو؟قال : هوأن يقول الرجل لامرأته والله لاأجامعك كذا و كذا ، ويقول والله لأغيظنّك فيتربّص بها أربعة أشهر ثمّ يؤخذ فيوقف بعدالأربعة الأشهر، فإن فاء ـ وهو أن يصالح أهله ـ فإنّ الله غفور رحيم، فإن لم يف جبر على أن يطلّق ، فلايقع طلاق فيما بينهما ولوكان بعد أربعةأشهر مالم ترفعه إلى الامام».

و صحيحة بريد العجلي [3] كما في الكافي و التهذيب و العيّاشي « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في الايلاء : إذا آلى الرجل أن لايقرب امرأته ولايمسّها ولايجمع رأسه ورأسها فهو في سعة مالم تمض أربعة أشهر ، فإن مضت أربعة أشهر وقف ، فإمّا أن يفيء فيمسّها وإما أن يعزم على الطلاق فيخلي عنها» الحديث .

وفي موثّقته[4] كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبدالله عليه السلام «أنّهماقالا: إذا آلى الرجل أن لايقرب امرأته فليس لها قول ولاحقّ في أربعة أشهر ، ولاإثم عليه في كفّه عنها في أربعةأشهر ، فإن مضت أربعةأشهر قبل أن يمسّها فسكتت

(١) الكافى ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، التهذيب ج٨ ص٣ ح٤ ،الوسائل ج١٥ص٥٤١ ب٩ ح١ .

(٢) الكافى ج٦ ص١٣١ ح٣ ، التهذيب ج٨ ص٢ ح٢ ، الوسائل ج١٥ص٥٤٢ ب٩ ح٢ وما فى المصادر اختلاف يسير .

(٣) الكافى ج ٦ ص١٣٠ ح١ ،التهذيب ج٨ص٣ ح٣ ،تفسير العياشى ج١ص١١٣ ح٣٤٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ب١٠ ح١ وما فى المصادر اختلاف يسير .

(٤) الكافى ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٦ ب٢ ح١ .

ورضيت فهو في حلّ وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له إمّا أن تفيء فتمسّها وإمّا أن تطلّق وعزم الطلاق أن تخلّي عنها».

وصحيحة الحلبي [١] عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «قال: أيّما رجل آلى من امرأته ـ و الايلاء أن يقول والله لا اجامعك كذا وكذا، والله لأغيظنّك ـ ثمّ يغاضبها فإنّه يتربّص أربعة فيوقف، فإذا فاء ـ وهو أن يصالح أهله ـ فإنّ الله غفور رحيم، وإن لم يف اجبر على الطلاق، ولا يقع بها الطلاق حتّى يوقف».

ومثلها حسنته [٢] وخبر أبي الصباح الكناني [٣] وخبر سماعة [٤] وخبر أبي بصير [٥] كلّها بهذه المنزلة في الدلالة على اشتراط الزوجيّة.

وأمّا ما يدلّ على انتفائه عن الأمة المملوكة صريحاً فصحيحة أبي نصر البزنطي [٦] كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يؤلي من أمته؟ قال: كيف يؤلي وليس لها طلاق».

ويشترط أن يكون مدخولاً بها كما عليه إجماع الطائفة، وليس هو موضع خلاف كما في الظهار، ويدلّ عليه صحيح محمّد بن مسلم [٧] عن أحدهما عليهما السلام «قال في غير المدخول بها: لا يقع عليها الايلاء ولا ظهار».

ورواية أبي الصباح الكناني [٨] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يقع الايلاء إلّا على امرأة قد دخل بها زوجها».

---

(١) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح٢، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الفقيه ج٣ ص٣٣٩ ح١، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير.
(٣) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٧، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٣.
(٤) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤.
(٥) التهذيب ج٨ ص٢ ح٢، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢.
(٦) قرب الاسناد ص١٦٠، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٧ ح١.
(٧) التهذيب ج٨ ص٢١ ح٤٠، الوسائل ج١٥ ص٥١٦ ب٨ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٨) التهذيب ج٨ ص٧ ح١٦، الوسائل ج١٥ ص٥٣٨ ب٦ ح٢.

وصحيحة زرارة[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يكون مؤلياً حتّى يدخل».

وخبر أبي الصباح الكناني[2] أيضاً « قال : سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل آلى من امرأته ولم يدخل بها ، فقال : أرأيت لو أنّ رجلاً حلف أن لا يبني بأهله سنتين أو أكثر من ذلك كان يكون إيلاءً ؟ » .

وموثّقة أبي بصير [3] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قلت له : الرجل يؤلي من امرأته قبل أن يدخل بها ، فقال : لا يقع الايلاء حتّى يدخل بها» .

وصحيحة الفضل بن يسار [4] «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل مملّك ظاهر من امرأته ، فقال : لا يكون ظهار ولا إيلاء حتّى يدخل بها» .

وخبر محمّد بن مسلم[5] عن أبي جعفر عليه السلام « لا تكون الملاعنة و لا الايلاء إلّا بعد الدخول » .

والعجب من أصحابنا كيف يختلفون في الظهار ولا يختلفون في الايلاء مع اشتراكهما في الأخبار الصحيحة المعتبرة الدالّة على اشتراط الدخول مع أنّ المانع من اشتراطه استند إلى عموم الآية وهو وارد في الايلاء أيضاً ولكن لم ينقلوا فيه خلافاً ! والمناسب إمّا نفي الخلاف عنهما أو إثباته فيهما . ونقل في المسالك عن بعضهم الخلاف أيضاً هنا لكنّه نادر ولعلّه للعامّة . واعتذر الفاضل الهندي عن ذلك في كتابه شرح القواعد بأنّه لمّا كانت الأخبار المشترطة للدخول في الايلاء أكثر منها في الظهار اوجبت ذلك ، و ليس بعيد من الاعتذار ، و أيضاً اقوله

(١) الكافي ج٦ ص١٣٤ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٨ ب٦ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٤ ح٤، الوسائل ج١٥ ص٥٣٨ ب٦ ح٣ وفيهما«ولم يدخل بها ، قال : لا ايلاء حتى يدخل بها ، فقال : أرأيت لو ــ أكان يكون» .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٤ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٦ ح٤ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٥٨ ح٢١ وفيه«الفضيل بن يسار» ، الوسائل ج١٥ص٥١٦ ب٨ ح١ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٦٢ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩١ ب٢ح٥ .

تعالى فإن فاءوا « فإنّ الله غفور رحيم » [١] فإنّ المراد بالفـئة الرجوع إلى النكاح كما تدلّ عليه الأخبار و كلام المفسّرين ، و لايتأتّى فيمن لم يدخل بها فتكون الأخبار الواردة في الايـلاء مطابقة للقرآن بخلافها في الظهـار لعدم دلالة آيتها على الدخول .

و يقع بالزوجة الحرة والمملوكة لعموم الأخبار والآية ، وحيث كانت الزوجة أمة للغير فحقّ المطالبة بضرب المدة و بالفئة إليها لأنّ حقّ الاستمتاع بها لها لا للمولى ، و يعتبر في الكافرة أن تكون ذمّيّة ، ومن هنا قيّدبها لأنّه لا يحلّ التزويج بغير الذمّيّة لتحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداءً واستدامةً . نعم يمكن فرضه في غير الكتابيّة كما إذا آلى منها بعد ان أسلم قبلها وهي في العـدة ، لكنّه نادر ، فتلحقها أحكام الايلاء هنا لمكان إسلامه وإسلامها .

و أمّا اشتراط تقييد الايلاء و الامتناع من الوطء بالتأبيد و الاطلاق أو التقييد بمدة تزيد على أربعة أشهر كما هو المتّفق عليه لا ما دون الأربعة و لا بقدرها بعد الاجماع و الأخبار الواردة في بيان ذلك و بيان إطلاق الآية مثل صحيحة الحلبي [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث « قال: أيّما رجل آلى من امرأته فإنّه يتربّص بها أربعة أشهر ثمّ يؤخذ بعد أربعة أشهر » . و ساق الحديث إلى أن قال : « فإن لم يف جبر على الطلاق » .

ومثله صحيحته الاخرى كما في الفقية [٣] و خبر القاسم بن عروة [٤] عن أبي جعفر عليه السلام « قال : قلت له : رجل آلى أن لايقرب امرأته ثلاثة أشهر، قال : فقال: لايكون إيلاءً حتّى يحلف على أكثر من أربعة أشهر » .

---

(١) سورة البقرة ــ آية ٢٢٦ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٣٣٩ ح١ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٦ ح١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٨ ب٥ ح٢ .

وصحيحة بريد بن معاوية العجلي [١] عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبدالله عليه السلام أنّهما قالا :«إذا آلى الرجل أن لايقرب امرأته فليس لها قول ولاحقّ في أربعة أشهر ، ولا إثم عليه في كفّه عنها في أربعة أشهر ، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسّها فسكتت ورضيت فهو في حلّ وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له إمّا أن تفيء فتمسّها وإمّا أن تطلّق » الحديث.

ومثلها صحيحة أبي بصير ليث المرادي [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام كما في تفسير القمّي « قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعته إلى الامام أنظره أربعة أشهر » .

وعلى هذا فيكون لفظ « كذا وكذا » في صحيحة ليث المرادي [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام حيث قال في تعريف الايلاء « هو أن يقول الرجل لامرأته لا اجامعك كذا و كذا » كناية عن المدة الزائدة عن أربعة أشهر. و كذا في رواية أبي بصير [٤] المتقدمة وفي كلّ خبر عبّر بهذه العبارة بدليل قوله أخيراً فيها « فيتربّص به أربعة أشهر ثمّ يؤخذ فيوقف بعد أربعة أشهر » وهكذا في خبر أبي بصير أيضاً . كما أنّ التعبير في خبر أبي الصباح الكناني [٥] وغيره بإطلاق الايلاء غير مقيّد بمدة زائدة عن الأربعة و لا محدودة بالدوام ، و التأبيد مجزٍ في ذلك كما انطبق عليه الفتوى و أكثر أخبار الباب .

---

(١) الكافي ج٦ ص ١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٦ ب٢ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) تفسير القمي ج١ ص٧٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٦ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، التهذيب ج٨ ص٣ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣١ ح١ ، التهذيب ج٨ ص٢ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٨ ب٦ ح٣ .

فتلخّص من هذا أنّ المؤلي إمّا أن يطلق الامتناع فيحمل على التأبيد فيه فيكون مؤلياً ، وإمّا أن يقيّده بالتأبيد فهو ضرب من التأكيد ، وإمّا أن يقيّده بالتوقيت إمّا بزمان مقدر أو بالتعليق بأمر مستقبل لايتعيّن وقته، فهاهنا أيضاً قسمان :

الأول : أن يقدره بزمان ، فإن كان أربع فلينظر، فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤلياً والذي جرى يمين ويتحلّل بعد المدة وليس لها المطالبة كما إذا امتنع من غير يمين بالكلّيّة، والحكمة في تقدير المهلة بهذه المدة وعدم توجّه المطالبة إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها أنّ المرأة تصبر عن الزوج مدة أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها، أو ليس عليها الصبر ، ويكفي في الزيادة عن الأربعة مسمّاها ولو لحظة ، ولا يشترط كون الزيادة بحيث تتأتّى المطالبة في مثلها ، لكن إذا قصرت كذلك لم تتأتّى المطالبة لأنّها إذا مضت تنحلّ اليمين ولامطالبة بعدانحلالها، وأثر كونه مؤلياً في هذه الصورة أنّه يأثم بإيذائها والاضرار بها يقطع طمعها بالتخلّف عن الوطء في المدة المذكورة، ولو فرض كونه تاركاً وطؤها مدة قبل الايلاء فعل حراماً بالنسبة إلى مازاد عن أربعة أشهر من حين الوطء لأنّه لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من ذلك ، و لا تنحلّ بذلك اليمين لأنّ الايلاء لا ينحلّ بذلك .

الثاني: أن يقيّد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعيّن وقته، وحينئذٍ فينظر فيه فإن كان المعلّق به أمراً يعلم عادة التأخّر فيه عن أربعة أشهر كما لو قال حتّى يقدم فلان أو حتّى يأتي مكّة والمسافة بعيدة لا تقطع في أربعة أشهر أو يستبعد في الاعتقاد أنّ حصوله في أربعة أشهر وإن كان محتملاً، كذا لو قال حتّى يخرج الدجّال أو يأجوج ومأجوج أو تطلع الشمس من المغرب فهو مؤول قطعاً نظراً إلى التعيين بحصول الشرط وهي مضيّ أربعة أشهر قبل مجيء الغاية في الأول وغلبة الظنّ بوجوده في الثاني و إن كان محتملاً في نفسه ، و مثله قوله ما بقيت

فإنّه وإن كان محتملاً لموته في كلّ وقت ولا ظنّ يقتضي بقاء أربعة أشهر إلّا أنّ ذلك موجب لحصول اليأس مدة العمر ، فهو كما لو قال لا اجامعك أبداً فإنّ أبد كلّ إنسان عمره. ولو قال مابقي فلان فوجهان: (أحدهما) أنّه كذلك لأنّ الموت المعجّل كالمستبعد في الاعتقادات فيلحق بتعليقه على خروج الدجّال و نحوه (و الثاني) عدمه لأنّه كالتعليق بالمرض ودخول الدار و هوممكن على السواء في كلّ وقت .

و ينبغي الفرق بين من يغلب على الظنّ بقاؤه أو موته في المدة فما دون أو تساوي الاحتمالان بحسب القرائن الحاليّة ، و إن كان المعلّق به ممّا يتحقّق وجوده قبل أربعه أشهر كذبول البقل و جفاف الثوب وتمام الشهر، أو يغلب على الظنّ وجوده كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار و مجيء زيد من القرية ومن عادته حضور الجمعات أو قدوم القافلة والغالب ترددها في كلّ شهر لم يقع الايلاء الشرعي ولكن تنعقد اليمين بشروطها، ولو كان المعلّق ما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر و لا يتحقّق ولا يظنّ حصوله كما لو قال حتّى أدخل الدار وأخرج من البلد أوأمرض أويمرض فلان أويقدم وهو على مسافة قريبة قد يقدم فيها وقد لا يقدم لم يحكم بكونه مؤلياً وإن اتّفق مضيّ الأربعة ولم يوجد المعلّق به بل يكون يميناً لأنّه لم يتحقّق قصد المضارة في الابتداء و أحكام الايلاء لا بمجرد اتّفاق الضرر للامتناع من الوطء كما لو امتنع من غير يمين، و حينئذٍ فيرتفع اليمين لو وجد المعلّق به قبل الوطء ، و تجب الكفّارة لو وطأ قبل وجوده حيث ينعقد اليمين ، وربما قيل إنّ التعليق بخروج الدجّال و نحوه يلحق بالامور المحتملة للأمرين فلا يقع به إيلاء ، و الأقوى الأول لكون المرء متعبّداً بظنّه ومعتقداته وقرائن الأحوال والعادات ، و لو قال والله لا اوطئنّك حتّى أدخل هذه الدار لم يكن إيلاءً لأنّه يمكنه التخلّص من الوطء بالدخول لأنّ الايلاء موجب بالتحريم إلى أن يكفّر، والاضرار بالمرأة لم يتحقّق حيث قد علّقه على شرط يمكنه فعله ورفعه كقوله لا اوطئنّك حتّى أدخل الدار فإنّه يمكنه في كلّ وقت دخول الدار

فيتخلّص من اليمين ولا يحصل لها الاضرار بذلك. نعم لو كان دخوله الدار ممتنعاً عادةً لعارض لا يزول قبل أربعة أشهر ولو ظنّاً وقع الايلاء كما سبق ، وإنّما أطلق من أطلق هذا الحكم بناءً على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، وأمّا أنّه لا يقع إلّا في إضرار كما هو متّفق عليه ، فلو أنّه لو وقع لصلاح اللبن أو التدبير في مرض لم يكن إيلاءً وكان كالأيمان، وهذا الحكم دليله الاجماع المدعى كما نقله غير واحد و إن أسنده المتأخّرون إلى المشهور بين الأصحاب حيث لم يظهر في الحكم مخالف يعتدّ به .

و يدلّ عليه من الأخبار رواية السكوني (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إنّ امرأتي أرضعت غلاماً وإنّي قلت لها لا أقربك حتّى تفطميه ، فقال : ليس في الاصلاح إيلاء » .

و مثله ما في كتاب الجعفريّات (٢) بإسناده المشهور إلى علي عليه السلام قال : وذكر مثله .

و يدلّ عليه أيضاً ماتقدم في صحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : الايلاء أن يقول والله لا اجامعك كذا و كذا ، والله لاغيظنّك ثمّ يغاضبها » .

و مثلها صحيحة بريد (٤) و صحيحة ليث المرادي (٥) و صحيحة أبي الصباح الكناني (٦) وقد تقدمتا ، فإن الاغضاب قرينة الاضرار و هو الذي بني عليه حكم الايلاء ، و أمّا ضعف المستند على الاصطلاح الجديد فهو عندهم منجبر بالشهرة

(١) الكافى ج ٦ ص ١٣٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٧ ب ٤ ح ١ وفيهما «وانى قلت : لا أقربك» .

(٢) قرب الاسناد ص ١١٥ مع اختلاف يسير .

(٣) الكافى ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ .

(٤) الكافى ج ٦ ص ١٣٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١ .

(٥) الكافى ج ٦ ص ١٣١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢ .

(٦) الكافى ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣ .

والاجماع كما ذكره ثاني الشهيدين في المسالك وهاهنا فروع :

الأول : لو قال لأربع نساء عنده « و الله لا وطأتكن » لم يكن مؤلياً في في الحال ، فإنه إنّما التزم عدم جمعهن في الوطء و لأن المؤلي لا يجامع إلّا بضرر ولاضرر عليه هنا الآن بل له وطء ثلاث من غير حنث، فإذا وطأهن تعيّن التحريم في الرابعة ، ويثبت لها الايلاء بعد وطئهن و لها المرافعة حينئذٍ ، و ليس لهن و لا لأحد منهن المرافعة قبل ذلك إذ لا يتعيّن للايلاء إلّا الرابعة وهي غير معيّنة قبل ذلك ، و لا إيلاء من البواقي ، وتجب الكفّارة بوطء الجميع ، و لو وطأ واحدة قرب من الحنث وهو محذور غير محظور فلا يصير به مؤلياً خلافاً لبعض العامّة ، ولو ماتت إحداهن قبل الوطء انحلّت اليمين بخلاف ما لو طلّق إحداهن أو ثلاثاً لأن حكم اليمين ثابت في البواقي ولامكان وطء المطلّقات ولو بالشبهة، ولو وطأهن أو بعضهن حراماً فالأقرب ثبوت الايلاء في البواقي لصدق الجمع في الوطء، ويحتمل العدم تنزيلاً للاطلاق على المقصود شرعاً بخلاف ما لو وطأ الميتة إذ لا حكم لوطئها لالتحاقها بالجمادات، ولذا لا يوجب المصاهرة على إشكال في ذلك وخروجها عن الدخول في الخطاب لتركّب الانسان من جزءين والعمدة في الخطاب هو الجزء العاقل وإن كان الوطء يتعلّق بالبدن و هو خيرة المبسوط والشرايع ومن الاطلاق الواقع في الفتوى والأدلّة .

الثاني: لو قال « لاوطأت واحدة منكن » وأراد لزوم الكفّارة بوطء أي واحدة كانت بأن أراد عموم التزام السبب تعلّق الايلاء بالجميع وضربت المدة لهن عاجلاً من غير أن ينتظر وطء واحدة ، فإن وطأ واحدة حنث و انحلّت اليمين في البواقي لأن الحنث لا يتكرر، فظهر أن المؤلي منها هي التي وطأها أولاً ، و لو طلّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثة قبل الوطء كان الايلاء ثابتاً في الباقي ، وكذا إن مات بعضهن قبل الوطء بقي الايلاء في الباقية لتعلّقه بكل منهن ، و لا يحنث بوطء الميتة و لا تنحل يمينه في غيرها على الأظهر ، ويحتمل الحنث به فتنحل

يمينه في غيرها . و لو قال هنا « أردت واحدة معيّنة » قبل قوله في تعيّنها لاحتمال اللفظ له وهو أعرف بنيّته، ويحتمل عدم القبول في الظاهر لوقوع المختار على كلّ منهنّ و اتّهامه في التعيين ، و على القبول يؤمر بالبيان فإن بيّن و لم تنازعه الباقيات اختصّ حكم الايلاء بالمعيّنة وإلّا فالقول قوله مع اليمين ، وإن صدق الاخرى اخذ بإقراره ولم يقبل رجوعه عنها ولا عن الاولى، ولو أراد واحدة مبهمة ففي كونه مؤلياً إشكال من العموم ومن الأصل ، و أنّ حكم الايلاء أن يكون للمؤلي منها المطالبة وهو هنا مفقود ، فإن أثبتناه كان له أن يعيّن واحدة فيخصّ الايلاء بها كما في الطلاق عند من جوّزه فلا يقع الايلاء إلّا من حين التعيين ، فالمدة تحسب من حين اليمين لا التعيين لما مرّ في الطلاق المبهم لأنّه يقع من حين الايقاع و يقول في التعيين « هي التي أردتها الآن أو أنشأت تعيينها عن الابهام » و يجوز تعلّقه بكلّ من الارادة و الانشاء، ويحتمل أن لا يكون مؤلياً بنفس الحلف بل بعد التعيين إذا أراد مبهمة كما في طلاق المبهمة، بل و إذا أراد معيّنة أيضاً لأنّ كلّ واحدة منهنّ ترجو أن لا تكون هي المعيّنة بعد الابهام أو في اليمين فلا يمكنها المطالبة ما لم تتعيّن ومن حكم الايلاء المطالبة ، و لو أطلق اللفظ فعلى أيّ الاحتمالين من عموم السلب يحصل إشكال من ظهور النكرة في سياق النفي في العموم و من الأصل والاحتمال .

الثالث: لو قال « لا وطأت كلّ واحدة منكنّ » كان مؤلياً من كلّ واحدة كما لو آلى من كلّ واحدة بانفرادها فمن طلّقها وفاها حقّها ولم ينحلّ اليمين عن البواقي فإنّها بمنزلة أن يؤلي من كلّ منهنّ منفردة، و كذا لو وطأها قبل الطلاق لزمته الكفّارة وكان الايلاء باقياً في البواقي ، كذا ذكر الأصحاب وغيرهم وهو مبنيّ على أن يكون دخول « كلّ » بعد النفي يفيد عموم النفي مثل « إنّ الله لا يحبّ كلّ مختال فخور »(١) لكنّه خلاف الظاهر لا يصار إليه إلّا بالقرائن، فلا يفيد إلّا

(١) سورة لقمان ــ آية ١٨ .

نفي العموم كقوله «لاوطأتكن» .

ولو قال «لاوطأتك سنة إلّا مرة» لم يكن عندنا مؤلياً في الحال لأنّ له الوطء من غير تكفير، والايلاء لا ينعقد إلّا إذا كان بحيث إذا وطأ لزمته الكفّارة، خلافاً لبعض العامّة، فإن وطأ وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صحّ الايلاء وكان لها المرافعة وإلّا بطل حكمه، ووحدة المرة وتعددها مبنيّ على الايلاج والنزع الكامل، ولو لم يطأها في السنة أصلاً لم تلزمه كفّارة، فإنّه إنّما خلف على عدم الوطء أكثر من مرة، واحتمل الوجوب بناءً على أنّه حلف على كلّ من النفي والاثبات .

الرابع : لو قال « لاجامعتك إلّا عشر مرات» لم يكن مؤلياً ما لم يستوف العدد، فإذا استوفى كان مؤلياً إن بقيت من السنة المدة أي أزيد من أربعة أشهر.

ولو قال «والله لاجامعتك مدة كذا إن شئت» فقال شئت انعقد الايلاء عند مجوزي تعليقه بالشرط، والأقوى عدمه، وعلى الجواز فهل تختصّ المشيئة بالمجلس؟ ففي المبسوط : أنّه الأقوى عندنا ليكون جواباً لكلامه كالقبول في البيع . وفيه نظر، لأنّه ليس الايلاء مشروطاً فلا يتوقّف إلّا على تحقّق شرطه، ولادليل على اتّحاد المجلس، فمتى وجد الشرط تحقّق الايلاء، وأمّا احتمال تعلّق المشيئة ببقيّة المدة عند تأخيرها فلا يتحقّق الشرط، مثلاً إذا قال «لاجامعتك سنة إن شئت» كان المعنى إن شئت لا اجامعك في السنة، فإن مضت أيّام أو شهور ثمّ قالت «شئت أن لا تجامعني» لم يفهم منه تعلّق المشيئة بمامضى من الزمان، وإن قالت « كنت قد شئت ذلك حين قلت وإن لم اصرح به » لم يقبل منه لأنّه إقرار في حقّ الغير، و هذا هو المختار وفاقاً للتحرير .

الركن الثالث في الصيغة :

ولا ينعقد عندنا إلّا بأسماء الله تعالى لقوله ﷺ في المستفيضة [1] «من كان

(١) صحيح مسلم ج١١ ص١٠٦ ح٣ .

حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت».

وفي صحيحة محمّد بن مسلم [١] كما في العيّاشي «قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لا تتبّعوا خطوات الشيطان ، قال : كلّ يمين بغير الله فهو من خطوات الشيطان».

وفيه في الصحيح عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : كلّ يمين بغير الله فهو من خطوات الشيطان».

وفي خبر السكوني [٣] عن علي عليه السلام «قال: إذا قال الرجل: أقسمت أو حلفت فليس بشيء حتّى يقول أقسمت بالله أو حلفت».

و في صحيحة علي بن مهزيار [٤] كما في الفقيه عن أبي جعفر الثاني عليه السلام في حديث «قال: إنّ الله عزّ وجلّ يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به عزّ وجلّ».

وفي صحيحة محمّد بن مسلم [٥] كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام «قال في حديث: إنّ لله عزّ وجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به».

وصحيحة الحلبي [٦] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : لا أرى للرجل أن يحلف إلّا بالله».

وفي خبر سماعة [٧] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا أرى للرجل أن يحلف إلّا بالله».

---

(١) تفسير العياشي ج١ ص٧٤ ح١٥٠ ، الوسائل ج١٦ ص١٤٢ ب١٦ ح٤ وفيهما «فهي من خطوات».

(٢) تفسير العياشي ج١ ص٧٣ ح٢٤٩ وفيه «سألت أبا عبدالله عن رجل حلف أن ينحر ولده ، فقال : ذلك من خطوات الشيطان» ، الوسائل ج١٦ ص١٤٢ ب١٥ ح٥.

(٣) التهذيب ج٨ ص٣٠١ ح١١١ ، الوسائل ج١٦ ص١٤٢ ب١٥ ح٣.

(٤) الفقيه ج٣ ص٢٣٦ ح٥١ ، الوسائل ج١٦ ص١٥٩ ب٣٠ ح١.

(٥) الكافي ج٧ ص٤٤٩ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٣.

(٦) الكافي ج٧ ص٤٤٩ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٤.

(٧) الكافي ج٧ ص٤٥٠ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٥.

وهذه الأخبار مستفيضة ، وقد دلّت بعمومها على المنع في الايلاء وغيره من الأقسام أن يقع بغير الله ، ويدلّ عليه بالخصوص في الايلاء صحيحة الحلبي [١] عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه « قال : والايلاء أن يقول والله لاجامعك كذا و كذا والله لأغضبنّك ثمّ يغاضبها » .

ورواية أبي الصباح الكناني [٢] « قال: الايلاء ان يقول الرجل لامرأته والله لأغضبنّك ولأسوأنّك ثمّ يغضبها ولا يجامعها » .

و صحيحة ليث المرادي [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام و قد تقدمت مراراً « قال : سألته عن الايلاء ماهو ؟ قال : أن يقول الرجل لامرأته والله لا اجامعنّك كذا و كذا، ويقول والله لاغضبنّك فيتربّص».

وخبر أبي بصير [٤] «قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : إذا آلى الرجل من امرأته ـ والايلاء أن يقول والله لاجامعك كذا و كذا ـ ثمّ يغاضبها» .

والنصوص بهذا مستفيضة ، فيحمل ماأطلق فيه الحلف من الأخبار على ذلك ولابدّ من التلفّظ بالجملة القسميّة ، فلو قال لأتركنّ وطؤك لم يقع وإن أتى باللام الموطية إتباعاً للمنصوص، ويقع بأي لسان كان للعموم، ولايقع إلّا مع القصد لأنّ الأعمال بالنيّات ولخبر رفع الخطأ والنيسان وما استكرهوا عليه، ولو حلف بغير الله تعالى أو بغير أسمائه المختصّة أوالغالبة لم ينعقد كما لو حلف بالعتاق والظهار والصدقة والتحريم .

---

(١) الكافي ج٦ص١٣٠ ح٢وفيه «لاوالله لاجامعك ويقول والله»، الوسائل ج ١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما«والله لاغيضنك» .

(٢) الكافي ج٦ص١٣٢ ح٧، الوسائل ج١٥ص٥٤٢ ب٩ ح٣ وفيهما «لاغيضنك ـ ثم يهجرها» .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١ وفيهما «فقال : هو أن ـ لاغيضنك» .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ وفيهما « والله لاغيضنك» .

ويدلّ على الأول خبر أبي الصباح الكناني[١] « قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن قوله تعالى « لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم »[٢] قال: هو لا والله وبلى والله وكلّا والله لايعقد عليها أو لايعقد على شيء » .

وخبر مسعدة بن صدقة[٣] عن أبي‌عبدالله عليه السلام « قال: سمعته يقول في قول الله عزّوجلّ « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » اللغو قول الرجل لا و الله وبلى و الله ولا يعقد على شيء» .

و صحيحة عبدالله بن سنان[٤] كما في تفسير العيّاشي عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

و يدلّ على الثاني ما في نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى[٥] في الصحيح عن أبي‌الحسن عليه السلام « قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين ويحلف بالطلاق والعتاق وصدقة مايملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، ثمّ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امّتي ما اكرهوا عليه ومالايطيقون وما اخطأوا » .

وفي رواية السكوني[٦] كمافي التهذيب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال: قال رسول‌الله صلى الله عليه وآله: كلّ يمين فيها كفّارة إلّا ماكان من طلاق أوعتاق أو عهد أو ميثاق » .

وفي صحيحة الحلبي[٧] كمافي الكافي عن أبي‌عبدالله عليه السلام في حديث « قال: سألته

---

(١) تفسير العياشي ج١ ص١١٢ ح٣٤١ ، الوسائل ج١٦ ص١٤٥ ب١٧ ح٥ .
(٢) سورة البقرة ـ آية ٢٢٥ .
(٣) الكافي ج٧ ص٤٤٣ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص١٤٤ ب١٧ ح١ .
(٤) تفسيرالعياشي ج١ ص٣٣٦ ح١٦٣ و فيه « هو قول‌الرجل ـ ولا يعقد قلبه » ، الوسائل ج١٦ ص١٤٤ ب١٧ ح١ .
(٥) الوسائل ج١٦ ص١٤٤ ب١٦ح٦ .
(٦) التهذيب ج٨ ص٢٩٢ ح٧٣ ، الوسائل ج١٦ص١٤٠ ب١٤ ح٧ .
(٧) الكافي ج٧ ص ٤٤١ ح١٢ ، الوسائل ج١٦ ص ١٤١ ب١٥ ح١ و فيهما «الذى يوفى به» .

عن امرأة جعلت مالها هدياً لبيت الله إن أعارت متاعها لفلانة ، فأعار بعض أهلها بغير أمرها، فقال: ليس عليها هدي، إنّما الهدي ماجعل الله هدياً للكعبة ، فذلك الذي يؤتى به إذا جعل لله » وساق الحديث إلى أن قال: « وعن الرجل يقول عليّ ألف بدنة وهو محرم بألف حجّة ، قال : ذلك من خطوات الشيطان » .

أمّا لعمر الله وقوله لاها الله فذلك داخل في اليمين ، ومثله وأيم الله فينعقد به الايلاء لصحيحة الحلبي [1] عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاأرى للرجل أن يحلف إلّا بالله » وساق الحديث إلى أن قال: « فأمّا قوله لعمر الله وقوله لاها الله فإنّما ذلك بالله تعالى » .

وفي صحيحته الاخرى [2] كما في الفقيه « فأمّا قولك لرجل لعمر الله وايم الله فإنّما هو بالله » .

ومثله رواية علي بن جعفر [3] وصحيحته كما في قرب الأسناد و كتاب المسائل له .

و كذا لاينعقد بالكعبة والنبي صلى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام وإن أثم بهتكه حرمة أسمائهم ، و كذا بالتزام صوم أو صلاة أو صدقة وغير ذلك كأن يقول : إن أوطأتك فعليّ صوم لم ينعقد الايلاء ولاوجب ما التزمه إذ ليس من صيغ الالتزام .

و كذا لاينعقد إن أتى بصيغه الالتزام بأن يقول مثلاً: إن وطأتك عليّ صلاة أو صوم فإنّه ليس من الايلاء في شيء، لكن يلزمه ما التزمه حيث يكون هذا النذر مستجمع الشرائط ، ولو قال : إن وطأتك فعبدي حرّ عن الظهار لم يكن إيلاء قصد به إنشاء التحرير معلّقاً بالوطء أو لا.ظاهر أم لا، لكن لو وطأ الزم بعتق العبد لاقراره بعتقه عن الظهار ، فإنّ كلامه في صورة الخبر فهو إقرار بالظهار وبأنّه التزم

(١) الكافي ج٧ص٤٤٩ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٤ .
(٢) الفقيه ج٣ ص٢٣٠ ح١٦ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٤ .
(٣) قرب الاسناد ص١٢١ ، الوسائل ج١٦ ص١٦٠ ب٣٠ ح٤ .

عتق العبد عنه إن وطأها فيؤاخذ بإقراره.

وهل يلزم بعتقه معجّلاً بعد الوطء؟ الأقرب المنع وفاقاً للقواعد لأنّ الظهار لايوجب الالتزام بالتكفير إلّا مع مطالبتها، وإذا وطأ لم تبق مطالبة ثمّ لايوجب الالتزام بعتق عبد بعينه، والتزام الاعتاق إن وطأها لايفضي إليه بعبده، ويحتمل الالتزام لأنّ كفّارة الظهار تصير معجّلة بالوطء، وقد تعيّنت هنا في عتق هذا العبد بالالتزام، ولأنّ الالتزام إذا تعلّق بحقّ الغير لزمت المبادرة إليه والعتق كذلك، ويجوز أن يريد بالتعجيل الايقاع بعد الوطء بعد مدة التربّص للظهار أو عند العزم على الوطء. ووجه القرب أنّه لايتعيّن عليه بالظهار عتق هذا العبد وإنّما التزم عتقه بعد الوطء فإنّما يتعيّن بعده، واحتمال أن لايكون ظاهراً إلّا معلّقاً بالوطء.

وهل يشترط تجريد هذه الصيغة عن الشرط؟ قولان، أقواهما العدم وفاقاً للمبسوط والمختلف أخذاً بعموم الكتاب والسنّة، فهو أشبه شيء بالظهار، وقد ثبت فيه جواز التعليق، ولايقاس على الطلاق والعتاق حيث لايقعان معلّقين بصفة معيّنة لأنّه منعنا منه النصّ والاجماع، وليس هاهنا ما يمنع منه، والظواهر تتناوله ولأنّهما إيقاعان والتعليق ينافي الايقاع والايلاء يمين والتزام. والقول الآخر للشيخ في الخلاف وابن حمزة وابن زهرة وابن إدريس وابن سعيد والعلّامة في التحرير والارشاد والتلخيص للاجماع المنقول في الخلاف وللأخبار التي ادعاها فيه أيضاً ولأصالة البراءة عند التعليق، ولعلّ المراد بالأخبار ما تضمّنت تفسير الايلاء وليس في شيء منها تعليقه بشرط أو صفة، وبالاجماع للاجماع على وقع غير معلّق، ولادليل على وقوعه مشروطاً، لكن ابن زهرة ادعى الاجماع على اشتراط التجريد وهو ظاهر السرائر، ولو آلى من زوجة مستكملاً للشرائط وقال للاخرى شركتك معها لم يكن إيلاء في الثانية وإن نواه لعدم نطقه بالله تعالى، ولاعبرة بالكناية في الوطء إذ لايمين إلّا بصريح اسمه تعالى.

الركن الرابع في متعلق الصيغة :

ولفظه الصريح بالنسبة إلى المحلوف عليه وهو تغييب الحشفة أوالفرج أو مرادفاته في الفرج وهو القبل وذكر الحشفة اختصاراً على أقلّ المسمّى والايلاج كذلك أو مرادفاته و مثله النيك، وتختصّ البكر بالافتضاض، ونفاه في المبسوط والخلاف بناءً على اشتراط الدخول، وفيه أنّ الدخول المشترط يحصل بالوطء في الدبر و لا دليل على اشتراط القبل . نعم يجوز المناقشة فيه بنفي صراحة لكون الافتضاض يعمّ ما بالوطء أو الاصبع ونحوه ذلك .

أمّا الجماع و الوطء فإنّه صريح في العرف و إن لم يكن حقيقة في الأصل في ذلك فيقع معه الايلاء إن قصد ، و الأخبار الناطقة بالجماع كثيرة ، وقد مرّ كثير منها .

ففي صحيحة ابن مسكان كما في تفسير القمّي عن ليث المرادي[١] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها» الحديث .

و مثلها صحيحته الاخرى [٢] وقد تقدمت أيضاً وفيها «الايلاء هو أن يقول الرجل لا مرأته والله لا اجامعك كذا و كذا » .

و خبر أبي بصير [٣] و فيه « و الايلاء هو أن يقول و الله لا اجامعك كذا و كذا ثمّ يغاضبها » .

وخبر سماعة [٤] و قد تقدم و فيه « الايلاء أن يقول الرجل لا مرأته لا اجامعك كذا و كذا » .

وصحيحة الحلبي [٥] « قال: الايلاء أن يقول والله لااجامعك كذا و كذا » .

(١) تفسير القمى ج١ ص٧٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٦ .
(٢) الكافى ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١ .
(٣) الكافى ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ .
(٤) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤ .
(٥) الكافى ج٦ ص١٣٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ .

و مثلها صحيحته الاخرى [١] كما في الفقيه .

وبالجملة: فالأخبار بهذا المضمون مستفيضة.

أمّا المباضعة والملامسة والمباشرة مع النيّة ففيها خلاف أقربه الوقوع وفاقاً للمبسوط والخلاف والسرائر لاشتهارها في ذلك المعنى و ورود الأخبار بالوقوع بأخفى منها كما سيجيء ، ويحتمل العدم للأصل والخفاء فإنّها و إن اشتهرت في ذلك لكنّها ليست نصّاً فيه، أمّا الأخيرتان فظاهرتان، وأمّا الاولى فلأنّها من البضع أي الشقّ أو البضعة أي الطائفة من اللحم لما في الجماع من نوع شقّ و مباشرة بضعة ببضعة . و فيه نظر فإنّها و إن أشتقّت من ذلك لكنّها لا تستعمل إلّا في الجماع فلا تكون أخفى من الجماع ، ولو قال «لاجمع رأسي ورأسك مخدة أو لا ساقفتك أو لاطيلنّ غيبتي عنك ولأسوأنّك » ففي المبسوط و الشرايع يقع مع القصد وهو خيرة التحرير والتلخيص والمختلف كصحيحة بريد بن معاوية [٢] عن الصادق عليه السلام « قال : إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسّها ولايجتمع رأسه و رأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر» الحديث .

و في خبر أبي الصباح الكناني [٣] عن الصادق عليه السلام « قال : الايلاء أن يقول الرجل لا مرأته : و الله لاغيضنّك ولأسوأنّك » .

وفي صحيحة الحلبي [٤] وخبر أبي بصير [٥] المتقدمين « الايلاء أن يقول : لا والله لا اجامعك كذا و كذا والله لاغيضنّك » .

و في السرائر أنّه لا يقع ، وهو خيرة الارشاد للأصل مع الخفاء و خصوص

---

(١) الفقيه ج٣ ص٣٣٩ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص ٥٤٣ ب١٠ ح١ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٣ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ .

اللفظ الأول ، و زاد في التحرير الوقوع بقوله لا أجنبت منك أو لا أغتسل منك وأراد لا اجامعك لأغتسل أولااجامعك إلّا في الدبر ولا اغب الحشفة أجمع، ولو قال «لا وطأتك في الحيض ولا في النفاس أو في دبرك» فهو محسن وليس بمؤول وماعلى المحسنين من سبيل .

المقصد الثاني: في أحكامه

وفيه مسائل :

الاولى : إذا وقع الايلاء على الوجه المعتبر الجامع للشرائط المعتبرة كما دلّت عليه الصحاح المعتبرة فإن صبرت فلا بحث ، و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أنظره أربعة أشهر لينظر في أمره ، فإن وطأ لزمته الكفّارة و خرج عن الايلاء فلا يجب عليه بالوطء مرة اخرى كفّارة، وإن أتى به مؤبّداً أو كان الوطء الثاني في مدة الايلاء اتّفاقاً لحصول الحنث فلا يحصل مرة اخرى وإن أمكن أن يقال تعلّق اليمين بكلّ جزء من أجزاء المدة و الحنث في الوطء في جزء غيره بالوطء في جزء آخر، وكذا يخرج عنه إن طلّقها وليس للزوجة مطالبته بالفئة أوالطلاق في هذه المدة ، وهذه الأحكام كلّها متّفق عليها ، وقد دلّت عليها الأخبار الكثيرة وقد تقدم طائفة منها .

ففي صحيحة بريد بن معاوية العجلي [١] عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام « أنّهما قالا: إذا آلى أن لا يقرب من امرأته فليس لها قول و لا حقّ في أربعة أشهر و لا إثم عليه في كفّه عنها في الأربعة الأشهر ، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسّها فسكتت ورضيت فهو في حلّ وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له: إمّا أن تفيء فتمسّها وإمّا أن تطلّق، وعزم الطلاق أن يخلّي عنها، فإذا حاضت وطهرت طلّقها وهو أحقّ برجعتها ما لم تمض ثلاثة قروء لهذا الايلاء الذي أنزل الله تعالى

(١) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٤، الوسائل ج١٥ ص٥٣٦ ب٢ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

في كتابه وسنّة رسوله صلّى الله عليه وآله » .

وفي صحيحة الحلبي (١) المرويّة في طرق عديدة وقد تقدمت عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قد مرّ صدره وفيه « فإنّه يتربّص به أربعة أشهر ، فإذا فاء ـ وهو أن يصالح أهله ـ فإنّ الله غفور رحيم، وإن لم يف اجبر على الطلاق ، ولا يقع بها طلاق حتّى يوقف وإن كان أيضاً بعد الأربعة الأشهر ، ثمّ يجبر على أن يفيء أو يطلّق » .

وصحيحة أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام كما في تفسير القمّي « قال : الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لايجامعها ، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر، وإن رفعته إلى الامام أنظره أربعة أشهر، ثمّ يقول له بعد ذلك: إمّا أن ترجع إلى المناكحة » الحديث .

وصحيحته الاخرى (٣) كما في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الايلاء ما هو ؟ » فساق الحديث كما تقدم إلى أن قال : « فيتربّص بها أربعة أشهر ثمّ يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر، فإن فاء ـ وهو أن يصالح أهله ـ فإنّ الله غفور رحيم، وإن لم يف اجبر على الطلاق » الحديث .

وخبر أبي بصير (٤) « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : إذا آلى الرجل من امرأته » وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال : « ثمّ يتربّص بها أربعة أشهر ، فإن فاء والايفاء أن يصالح أهله أو يطلّق عند ذلك » .

و خبر أبي الصباح الكناني (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل

---

(١) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما « و لايقع بينهما » مع اختلاف يسير .

(٢) تفسير القمي ج١ ص٧٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٦ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٣ .

آلى من امرأته » و ساق الحديث إلى أن قال : « إذا مضت أربعة أشهر وقف وإن كان بعد حين، فإن فاء فليس بشيء وهي امرأته، وإن عزم الطلاق فقد عزم. و قال: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته والله لاغيضنّك ولأسوأنّك ثمّ يهجرها ولايجامعها حتّى تمضي أربعةأشهر فقد وقع الايلاء، وينبغي للامام أن يجبره على أن يفيء أو يطلّق » .

ومثله خبر سماعة [1] و فيه « و الايفاء أن يصالح أهله أو يطلّق ، فإن لم يفعل جبر على ذلك » .

و في خبر أبي مريم [2] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : المؤلي يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو أسرح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحدة».

و أمّا ما جاء في خبر أبي الجارود [3] « أنّه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول في الايلاء : يوقف بعد سنة ، فقلت : بعد سنة؟ فقال: نعم يوقف بعد سنة» فلاينافي ما قدمناه لأنّه لم يذكر أنّه قبل ذلك لم يوقف وإنّما يدلّ بمفهوم الخطاب، ودليل الخطاب لا يعارض الصريح .

و كذا ما في خبر أبي مريم [4] « أنّه سأله عن رجل آلى من امرأته أنّه قال : يوقف قبل الأربعة الأشهر وبعدها » فيجب حمله على ما قاله الشيخ من أنّه يوقف قبل أربعة أشهر لضرب المدة لا لالزامه بالطلاق و الفئة ، وجوّز حمله على اجتماع الظهار والايلاء لأنّه مدة الظهار ثلاثة أشهر .

و أمّا ما في خبر عثمان بن عيسى [5] عن أبي الحسن عليه السلام «أنّه سأله عن رجل

---

(١) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤ وفيهما «أن يصالح أهله فان الله غفور رحيم وان لم يف بعد أربعة أشهر حتى يصالح أهله أو يطلق جبر » .

(٢) التهذيب ج٨ ص٥ ح٨، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج٨ ص٥ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٠ ب٨ ح٢ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٥ ح١٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٠ ب٨ ح٣ .

(٥) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٠ ب٨ ح٤ .

آلى من امرأته متى يفرق بينهما ؟ قال : إذا مضت أربعة أشهر » .

الثانية : لو وطأ في مدة التربّص و هي الأربعة الأشهر المضروبة له لزمته الكفّارة إجماعاً ، وكذا بعدها وفاقاً للخلاف والنهاية والشرايع والبيان و مجمع البيان وتفسير روض الجنان وأحكام القرآن للراوندي وهو ظاهر الأكثر .

وحكى الشيخ في الخلاف عليه الوفاق لمخالفة اليمين فتشمله العمومات ولخبر منصور بن حازم (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل آلى من امرأته أربعة أشهر يوقف فإن طلّق بانت منه وعليها عدة المطلّقة ، وإلّا كفّر عن يمينه وأمسكها » .

و مرسل تفسير العيّاشي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « سئل : إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطّاب ؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتّى يكفّر عن يمينه » .

و ما ارسل عن الصادق عليه السلام كما في الكتب المعتمدة « قال : إذا فاء المؤلي فعليه الكفّارة » .

و خالف الشيخ في المبسوط فنفى الكفّارة بعد الأربعة ، و ربما كان وجهه أنّ المؤلي قد صار بعد المدة مأموراً بالوطء ولو تخيّراً فلا تجب بفعله كفّارة ، لأنّ المحلوف عليه إذا كان تركه أرجح جازت المخالفة من غير كفّارة ، ويضعف بأنّ يمين الايلاء تخالف غيرها من الأيمان في هذا المعنى ومن ثمّ انعقدت ابتداءً وإن كان تركه أرجح أو كان واجباً كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء .

الثالثة : لو وطأ ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهة بغيرها بطل الايلاء و انحلّ يمينه ـ كما في المبسوط ـ لحصول المخالفة و اشتراط القصد غير معلوم وإن لم يحنث بذلك ، وجعله في المبسوط نظير أنّ الذمّيّة إذا كانت تحت مسلم وانقطع

(١) التهذيب ج٨ص٨ ح٢١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب١٢ ح٣ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) تفسير العياشي ج١ ص١١٣ ح٣٤٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب ١٢ ح٤ وفيهما « يكفر يمينه » .

حيضها كلّفت الاغتسال، فإذا فعلت حلّ له وطؤها وإن كان هذا الغسل لا يجزيها في حقّ الله وإن أجزأ في حقّ الآدمي، وقد يقال بعدم الانحلال لخروج مثل ذلك من متعلّق اليمين كخروج الوطء في الدبر و لا كفّارة عليه بهذا الحلف اتّفاقاً لعدم الحنث ولا بما يفعله بعده عامداً على ما اختاره لانحلال اليمين، و ربما يقال عليه الكفّارة بعد ذلك وإن قلنا ببطلان الايلاء بناءً على بناء بطلان الايلاء على أنّه ليس لها المطالبة بالفعل لأنّه وفاها حقّها لكنّه لم يحنث و عليه الكفّارة إذا حنث.

الرابعة: لا فرق بين الحرّ والعبد ولا بين الحرة والأمة في مدة التربّص في إطلاق الكتاب و السنّة و الاجماع عندنا، خلافاً لمالك في العبد ولأبي حنيفة في الأمة فينصفان المدة وهي حقّ للزوج كما تدلّ عليه الآية والرواية، فليست محلّاً للفئة كما دلّت عليها الأخبار المتقدمة المستفيضة فإن فارقها فيها فقد أحسن وإنّما وقت الفئة ما بعدها، ثمّ إنّها إذا انقضت لم تطلّق بانقضائها، خلافاً لأبي حنيفة فقد جعل المدة وقت الفئة وقال: إذا لم يف فيها طلّقت تطليقة بائنة.

و كأنّ موثّقة أبي بصير (١) عن أبي عبدالله عليه السلام كما في التهذيب «في الرجل يؤلي من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يف فهي تطليقة ثمّ يوقف، فإن فاء فهي عنده على تطليقتين، فإن عزم فهي بائنة منه» وخبر منصور بن حازم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: المؤلي إذا وقف فلم يف طلّق تطليقة بائنة» قد جاءتا تقيّة لموافقتهما مذهب أبي حنفية في كلّ من الأمرين، أعني أنّ انقضاء المدة تطليقة والطلاق الذي يوقعه بعد المدة لا يكون إلّا بائناً.

وقد سمعت في صحيحة بريد العجلي (٣) التي مرّ صدرها ما ينفي ذلك كلّه

(١) التهذيب ج٨ ص٤ ح٧، الوسائل ج١٥ ص٥٤٤ ب١٠ ح٤.
(٢) التهذيب ج٨ ص٤ ح٦، الوسائل ج١٥ ص٥٤٤ ب١٠ ح٥.
(٣) التهذيب ج٨ ص٣ ح٣، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح١.

حيث قال : « فهو في سعة مالم تمض الأربعة الأشهر فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإمّا يفيء فيمسّها و إمّا أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها ، حتّى إذا حاضت وتطهّرت من حيضها طلّقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين ، ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الأقراء» .

وكذلك خبر أبي مريم [١] عن أبي جعفر عليه السلام « قال : المؤلي يوقف بعد الأربعة أشهر ، فإن شاء أمسك بمعروف أوسرح بإحسان ، فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها» .

وأمّا ما في صحيحة منصور بن حازم [٢] «قال: إنّ المؤلي يجبر على أن يطلّق تطليقة بائنة» وفي الكافي بعد هذا الكلام وعن غير منصور «أنّه يطلّق تطليقة يملك الرجعة ، فقال له بعض أصحابه : إنّ هذا منتقض ، فقال : لا ، التي تشكو فتقول تخيّرني وتمنعني من الزوج يجبر على أن يطلّقها تطليقة بائنة ، والتي تسكت ولا تشكو إن شاء طلّق فيها تطليقة يملك فيها الرجعة » .

ورواه الشيخ في الخلاف واقتصر على رواية منصور وحذف الرواية الاخرى و التوجيه ، ثمّ حمله على من يرى الامام إجباره على طلاق بائن بأن يباريها ثمّ يطلّقها ، وأن يكون مختصّاً بمن تكون عند الرجل على تطليقة واحدة فيكون طلاقها بائناً . واحتمل محدّث الوسائل كون لفظ البائن مستعملاً في المعنى اللغوي فإنّ كلّ طلاق فهو بائن يوجب التحريم على الزوج مالم يرجع . وهذه المحامل كلّها بعيدة، فالأليق بها الحمل على التقيّة .

الخامسة : يستفاد من صحيحة الحلبي وصحيحة ليث المرادي و رواية أبي بصير وغيرها من الأخبار بأنّ المؤلي لو أراد طلاق الزوجة لم يكن له ذلك إلّا بعد

---

(١) التهذيب ج٨ ص٥ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٤ ب١٠ ح٣.

المرافعة وإن كان بعد الأربعة الأشهر، حيث قال في الاولى[١] «ولايقع بها طلاق حتّى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر ثمّ يجبر على أن يفيء أو يطلّق». وفي صحيحة ليث المرادي [٢] «ولايقع طلاق فيما بينهما واو كان بعد أربعة أشهر مالم ترفعه إلى الامام». و في رواية أبي بصير[٣] «و لايقع بينهماطلاق حتّى يوقف و إن كان بعد الأربعة أشهر». و في رواية سماعة[٤] «ولايقع طلاق فيما بينهما حتّى يوقف وإن كان بعد الأربعة أشهر، فإذا أبى فرق بينهما الامام».

السادسة : لو آلى مدة ودافع بعد المرافعة حتّى انقضت سقط الايلاء وإن أثم ولا كفّارة مع الوطء بعدها، ولو أسقطت حقّهامن المطالبة لم تسقط بالكلّيّة حتّى لايجوز لها تجديدها لتجدده في كلّ وقت، وهي إنّما أسقطت مامضى إذ لامعنى لاسقاط ما لم يثبت في الذمّة.

السابعة : قد اختلفت كلمة الأصحاب في مبدأ المدة المضروبة للايلاء وهي الأربعة أشهر، ففي النهاية والمبسوط والغنية والسرائر والجامع وظاهر غيرها أيضاً أنّها من حين الترافع لامن حين الايلاء، وظاهر المبسوط الاجماع عليه. وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد إنّها من حين الايلاء، واختاره في المختلف وولده في شرح القواعد وإليه مال المحقّق واختاره في المسالك.

واحتجّ للأول بخبر العبّاس بن هلال [٥] المروي في العيّاشي عن الرضا عليه السلام «قال: إنّ أجل الايلاء أربعة أشهر بعدما يأتيان السلطان».

---

(١) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح٢، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما «ولا يقع بينهما» مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٩، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١.

(٣) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٣، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢.

(٤) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤.

(٥) تفسير العياشي ج١ ص١١٣ ح٣٤٦، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٧ وفيهما «قال: ذكر لنا أن أجل».

وبصحيحة أبي بصير [١] كما في تفسير القمّي عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت لقوله عليه السلام فيها «وإن رفعته إلى الامام أنظره أربعة أشهر ، ثمّ يقول له بعد : إمّا أن تراجع إلى المناكحة وإمّا أن تطلّق ، فإن أبى حبسه أبداً» .

وصحيحة البزنطي [٢] كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام «قال : سألته عن الايلاء فقال عليه السلام : أن يوقف إذا قدمته إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر ثمّ يقول له: إمّا أن تطلّق و إمّا أن تمسك » .

واحتجّ للقول الثاني بإطلاق القرآن وإطلاق الأخبار و بخصوص صحيحة بريد بن معاوية [٣] عن الصادق عليه السلام قال : لايكون إيلاء » وساق الخبر إلى أن قال: « وهو في سعة مالم تمض الأربعة الأشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإمّا أن يفيء وإمّا أن يعزم على الطلاق» .

وصحيحة الحلبي [٤] وقد مرّ ذكرها بطرق عديدة عن أبي عبدالله عليه السلام وفيهما « لكنّه يتربّص به أربعة أشهر فيوقف فإذا فاء ـ وهو أن يصالح أهله ـ فإنّ الله غفور رحيم وإن لم يف اجبر على الطلاق » .

وخبر أبي الصباح الكناني [٥] وفيه « ولا يجامعها حتّى تمضي أربعة أشهر فقد وقع الايلاء، وينبغي للامام أن يجبره إمّا أن يفيء أو يطلّق » . وقال فيه أيضاً بعدما

(١) تفسير القمى ج١ ص٧٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٦ و فيهما «له بعد ذلك» مع اختلاف يسير .

(٢) قرب الاسناد ص١٥٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٨ ح٥ وفيهما «سأله صفوان وأنا حاضر» .

(٣) الكافى ج٦ ص١٣٠ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح١ وفيهما «فاما أن يفيء فيمسها واما» .

(٤) الكافى ج٦ ص١٣٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٥) الكافى ج٦ ص١٣٢ ح٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٣ .

سئل عن رجل آلى من امرأته بعدما دخل بها «قال: إذا مضت أربعة أشهر وقف وإن كان بعد حين» .

وخبر أبي بصير [١] «قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : الايلاء أن يقول والله لاجامعك كذا وكذا ثمّ يغاضبها ، ثمّ يتربّص بها أربعة أشهر ، فإن فاء وهو وهو أن يصالح أهله أو يطلّق عند ذلك» .

وصحيحة ليث المرادي [٢] كما في التهذيب والكافي وقد تقدم صدرها مراراً وفيها بعدصدور الايلاء « فيتربّص بها أربعة أشهر ثمّ يؤخذ فيوقف بعدالأربعةأشهر فإن فاء وهو أن يصالح أهله » الحديث .

وخبر سماعة [٣] وفيه « الايلاء أن يقول الرجل والله لاجامعك كذاوكذا فإنّه يتربّص أربعه أشهر ، فإن فاء والايفاء أن يصالح أهله أو يطلّق » .

وصحيحة منصور [٤] وخبره « قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر ، قال : يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه وعليها عـدة المطلّقة وإلّا كفّر عن يمينه وأمسكها» .

ومرسلة تفسير القمّي [٥] « قال : وروي عن أميرالمؤمنين عليه السلام أنّه بنى حظيرة من قصب وجعل فيها رجلاً آلى من امرأته بعد أربعة أشهر وقال : إمّا أن ترجع إلى المناكحة وإمّا أن تطلّق » .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٢ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٩ ، التهذيب ج٨ ص٣ ح٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤١ ب٩ ح١ .

(٣) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤.

(٤) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب١٢ح٣ .

(٥) تفسير القمي ج١ ص٧٣، الوسائل ج١٥ ص٥٤٦ ب١١ ح٦ وفيهما اختلاف يسير .

وخبر أبي مريم[1] عن أبي جعفر عليه السلام « قال: المؤلي يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو سرح بإحسان » .

وصحيحة الحلبي الاخرى[2] قال: أيّما رجل آلى من امرأته فإنه يتربّص به أربعة أشهر ثمّ يؤخذ بعد الأربعة الأشهر » إلى أن قال: « فإن لم يف اجبر على الطلاق » .

وفي الجعفريّات[3] بإسنادها المشهور عن علي عليه السلام « أنّه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته فلا شيء عليه حتّى تمضي أربعة أشهر، فإن قامت المرأة تطالب إذا مضت الأربعة الأشهر وقف، فإمّا أن يفيء أو يطلّق مكانه، وإن لم تقم المرأة تطلب حقّها فليس لها شيء » .

وفي صحيحة بريد بن معاوية[4] أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبدالله عليه السلام « أنّهما قالا: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولا حقّ في أربعة أشهر ولا إثم عليه في كفّه عنها في أربعة أشهر ، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسّها فسكتت ورضيت فهو في حلّ وسعة، وإن رفعت أمرها قيل له إمّا أن تفيء فتمسّها وإمّا أن تطلّق ، وعزم الطلاق أن يخلّي عنها » الحديث .

وأمّا ما تقدم في خبر يونس بن يعقوب عن أبي مريم[5] من قوله عليه السلام «قال: يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها » فقد عرفت الجواب عنها من أنّه يوقف لضرب المدة لا لالزامه.

---

(١) التهذيب ج٨ ص٥ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٣٩ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٩ ب٨ ح١ .

(٣) قرب الاسناد ص١١٥ ، مستدرك الوسائل ج٣ ص٣٠ ب٥ ح١ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٦ ب٢ ح١ .

(٥) التهذيب ج٨ ص٥ ح١٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٠ ب٨ ح٣ .

و مثل هذه الأخبار في الدلالة على أنّ الأربعة من الايلاء خبر عثمان بن عيسى [(١)] عن أبي الحسن عليه السلام «أنّه عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما ؟ قال : إذا مضت أربعة أشهر وقف» .

وبالجملة : فالأخبار بهـذا المذهب مستفيضة مع مساعدتها بظاهر القرآن ولمطابقتها للمدة المضروبة في إيجاب النكاح للمرأة وهو الأربعة أشهر في غير الايلاء ولهذا يلزم بالنكاح بعد الأربعة أشهر وإن لم يكن مؤلياً ، و أمّا الأخبار الاولة فيمكن رجوعها إلى هذا المعنى لأنّها لم تكن نصّاً في الأول .

والذي يدلّ على إلزامه بذلك وإن لم يكن مؤلياً صحيحة حفص بن البختري [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا غاضت المرأة الرجل فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه ، فإمّا أن يفيء وإمّا أن يطلّق ، فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمؤل» .

وأمّا ما احتجّوا به من أنّ ضرب المدة حكم شرعي فهو باقٍ على العدم الأصلي فيتوقّف ثبوته على حكم الحاكم ولأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفئة أو الطلاق إلّا مع تحقّق سببه فمدفوع بمنع احتياج المدة إلى الضرب ، بل مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية و الرواية ترتّبه على مضيّ المدة المذكورة من حين الايلاء ، و إثبات توقّفها على المرافعة متوقّف على الدليل وهو منفيّ لقبوله للتأويل ، وهذا الدليل الصريح أخرجه عن حكم العدم الأصلي ، و أصالة عدم التسليط قد انقطعت بالايلاء المقتضي له بالآية و الرواية والاجماع ، فتوقّفه على أمر آخر خلاف الأصل .

الثامنة : لو اختلفا في انقضاء المدة فالقول قول من يدعي بقاءها للأصل في عدم انقضائها، لأنّ مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الايلاء إن جعلنا المدة من حينه أو زمان المرافعة إن جعلناها منها ، والأصل عدم تقدم كلّ منهما .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٠ ب٨ ح٤ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٣ ح ١٢ ، الوسائل ج١٥ ص ٥٣٥ ب١ ح٢ وفيهما « اذا غاضب الرجل امرأته » .

ومثله ما لو اختلفا في زمان إيقاع الايلاء فالقول قول مدعي تأخّره لأصالة عدم التقدم وفائدته حيث يجعل المدة من حينه أو يكون الايلاء مقدراً بمدة، فمدعي تقدمه يحاول انحلال اليمين، وليس هذه المسائل منصوصة بالخصوص وإنّما رجعت إلى القواعد الكلّيّة في الدعوى وهي ثابتة لايجوز التخلّف عنها إلّا بدليل خاص، و ليس فليس.

التاسعة: المفهوم من الأخبار و الفتوى أنّ الفئة الواجبة على الزوج بعد الايلاء وانقضاء المدة من القادر هو غيبوبة الحشفة في القبل فلا يكفي الدبر هنا لأنّه الفرد الظاهر من الوطء الواجب المزوجة وإن قام مقامه في مواضع لاطلاق النصوص، وفئة العاجز إظهار العزم على الوطء عند القدرة على ذلك بأن يقول أو يكتب أنّه يفي اذا قدر أو يشير إليه إشارة مفهمة، ويمهل العاجز إلى زوال عذره والقادر إن استمهل ماجرت العادة بإمهاله كخفّة المأكول والأكل إذا كان جائعاً أو في حال الأكل والراحة والتعب ومنه السهر والانتباه إذا كان نائماً، وما قضى الشرع بإمهاله كالفراغ من الصوم والصلاة والاحرام والتقدير بثلاثة أيّام من أقوال العامّة وليس هو مذهباً لأحد من أصحابنا، وقد عبّر الشارع عن هذا الوطء بالصلح، ولهذا رتّب عليه الكفّارة كما مرّ في الفتوى والأدلّة لا مجرد الامساك بمعروف فإنّها باقية على الزوجيّة، وإنّما منع من النكاح لأنّ الايلاء على خلاف الأصل عقوبة إليه بإرادته الاضرار كما وقع في الظهار و إن كان حقّه أن لا ينعقد.

العاشرة: لو انقضت مدة التربّص وهناك ما يمنع من وطئها وهي عالمة بذلك كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة ــ عند الشيخ ــ فيما إذا كان العذر من جهتها فلا يطالب بالفئه القوليّة كالعاجز عنده. وقال المحقّق في الشرايع وتبعه جماعة من المتأخّرين: يجب عليه فئة العاجز لأنّه لا مانع منها بل هي ممكنة وإنّما المانع من الله تعالى، وعلى كلّ تقدير فلايجب لها المطالبة بالفئة فعلاً إجماعاً لمعذوريّته والحال هذه ولا مضارة، ومثله ما لو كانت محرمة أو حائضاً أو نفساء أو صائمة أو

معتكفة برضائه. ولو تجددت إعذارها في أثناء العدة قال في المبسوط: تنقطع الاستدامة كذلك إلّا الحيض، والمراد بانقطاعها عدم احتسابها من المدة، فإذا زال ذلك العذر ثبت على ما مضى من المدة قبل العذر . و وجهه أنّ الحقّ لها و العذر من قبلها ومدة التربّص حقّ له فلا يحتسب له منها ما لا يقدر على الفئة فيها، وإنّما استثني من ذلك الحيض حيث إنّه لا يقطعها إجماعاً لأنّه لو قطع لم تسلم مدة التربّص أربعة أشهر لتكرره في كلّ شهر غالباً ، و الأكثر لا يفرقون بينه وبين غيره في عدم قطع الاستدامة لقيام فئة العاجز مقام الوطء من القادر وهو في حكم العاجز، وهذا أقوى من أعذار الرجل، فلا يقطع المدة ابتداءً و لا استدامةً إجماعاً لاطلاق النصوص في الانتظار أربعة أشهر من غير استفصال لأنّ حقّ المهلة له والعذر منه، وكذا لا يمنع المرافعة له لو اتّفقت على رأس المدة فيؤمر بفئة العاجز أو الطلاق كما تقدم ، وسيجيء أيضاً .

الحادية عشرة: إذا جنّ المؤلي بعد ضرب المدة احتسب المدة عليه وإن كان مجنوناً ،فإذا انقضت المدة والجنون باقٍ لم يرافع ولم يكلّف بأحد الأمرين لارتفاع القلم عنه بل يتربّص به حتّى يفيق ثمّ يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المدة و به عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض فإنّه يؤمر بفئة العاجز إذا انقضت المدة وهو محرم ألزمه نفسه الزم بفئة المعذور ، و كذا لو اتّفق صائماً ، ولو واقع أتى بالفئة وإن أثم، و كذا في كلّ وطء محرم كالوطء في الحيض لكنّه لا يلزم بالوطء المحرم و إن أثم بفعله من نفسه و حصلت له الفئة لحصول الغرض سواء وافقته على ذلك أم أكرهها، ولا يجوز لها موافقته لأنّها معاونة على العدوان المنهيّ عنه ، واحتمل بعضهم جوازه لها لأنّه ليس محرماً من طرفها ، ومثله ما لو مكّنت المسافرة ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم، ولو ارتدّ لا عن فطرة احتسب زمان الردة عليه وفاقاً للمحقّق وجماعة لتمكّنه من الوطء بالرجوع إلى الاسلام فهي ليست عذراً ، خلافاً للشيخ وجماعة لجريانها إلى البينونة فليست

كأهليـّة الزوجيـّة ، و زمان عدتها مخالف لزمان التربـّص ، فإنّ انقضاءه يقتضي البينونة وانقضاء زمان التربـّص يقتضي المطالبة بالفئة وتضادّ الأثرين يقتضي تضادّ المؤثرين، ولأنّ الامتناع من الوطء للردة لا للايلاء، ويندفع جميع ذلك بما ذكرنا وبعموم النصوص مع أنّ انقضاء العدة إنـّما يقتضي البينونة إذا استمرّ الارتداد .

الثانيـة عشرة : إذا رفعت أمرها إلى الحاكم بعد ضرب المدة لها خيـّرها بين الفئة والطلاق ، فإن طلّق خرج من حقـّها ويقع الطلاق رجعيـّاً إن لم يكن ما يقتضي البينونة للأصل والعمومات والخصوصات، وهي كثيرة جداً كصحيحتي بريد العجلي [١] وقد تقدمتا وفيهما «إذا مضت الأربعة أشهر ووقف فإمّا أن يفيء فيمسـّها وإمّا أن يعـزم على الطلاق فيخلّي عنها ، حتـّى إذا حاضت وطهرت من محيضـها طلّقها قبل أن يجامعها بشهادة عدلين ، ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثـة الأقراء » .

وفي خبر أبي مريم [٢] المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام « قال : المؤلي يوقف بعد الأربعة أشهر ، فإن شاء أمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها » .

وربما بان طلاقها لا يكون إلّا بائناً وإن كان أول طلقة لصحيحة منصور [٣] وغيرها ، وقد مرّ الجواب عنها ، وحملها على التقيـّة هو أقرب محاملها . ثمّ إنـّه إن فاء أيضاً خرج من حقـّها كما تضمـّنته الآية والروايات المستفيضة ووجب عليه الكفـّارة، وقد مرّ جميع ذلك وبيـّنـّا مافيه من الخلاف ، ولو امتنع من الأمرين

---

(١) الكافي ج٦ ص١٣٠ ح١ وص١٣١ ح٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح١ وص٥٣٦ ب٢ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٢ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح٢ وفيهما «امساك بمعروف » .

(٣) التهذيب ج٨ ص٤ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٤ ب١٠ ح٥ .

حبس وضيّق عليه في المطعم والمشرب على وجه لا يمكنه الاقامة عليه والصبر عادة حتّى يفيء أو يطلّق، وسيأتي في الأخبار ما يدلّ على أنّه يطعمه ربع القوت فإن أبى بعد ذلك إذا كان الآمر عليه إمام المسلمين وامتنع ضربت عنقه أو اضرم عليه النار في الحظيرة التي احبس فيها. وهذا الحكم مجمع عليه في الجملة والأخبار به مستفيضة .

فمنها خبر حمّاد بن عثمان [١] كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام «قال في المؤلي إذا أبى أن يطلّق قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويحبسه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتّى يطلّق» .

و صحيحة خلف بن حمّاد [٢] المرفوعة إلى أبي عبدالله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب « في المؤلي إمّا أن يفيء أو يطلّق ، فإن فعل وإلّا ضربت عنقه » .

ومنها خبر غياث بن إبراهيم [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلي أن يطلّق جعل له حظيرة من قصب وأعطاه ربع قوته حتّى يطلّق».

ومرسلة صفوان [٤] الصحيحة إليه كما في العيّاشي عن أبي عبدالله عليه السلام « في المؤلي إذا أبى أن يطلّق ، قال : كان علي عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويحبسه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتّى يطلّق » .

---

(١) الكافي ج٦ص١٣٣ ح١٠ ،التهذيب ج٨ ص٦ ح١٣ ، الوسائل ج١٥ص٥٤٥ ب١١ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٣٣ ح١١ ، التهذيب ج٨ ص٦ ح١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب١١ ح٢ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٣٣ ح١٣ ، التهذيب ج٨ ص٦ ح١٥ ، الوسائل ج١٥ ص ٥٤٥ ب١١ ح٣ .

(٤) تفسير العياشي ج١ ص١١٤ ح٣٤٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٦ ب١١ ح٧ .

ومرسل الفقيه [١] « قال : روي أنّه إن فاء وهو أن يراجع الجماع وإلّا حبس في حظيرة من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتّى يطلّق » .

و فيه مرسلاً [٢] « قال : روي أنّه متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضربت عنقه لامتناعه على إمام المسلمين » .

ومرسلة تفسير القمّي [٣] عن أمير المؤمنين عليه السلام « أنّه بنى حظيرة من قصب وجعل فيها رجلاً آلى من امرأته أربعة أشهر ، فقال : إمّا أن ترجع إلى المناكحة وإمّا أن تطلّق وإلّا أحرقت عليك الحظيرة » .

وينبغي حمل الأخبار الدالّة على القتل على مالو جحد الحكم من أصله بعد خطاب إمام الزمان إليه به ، ولا يجبره الامام على أحدهما عيناً بل تخيّراً كما تقدم في الظهار ، ولا ينافي الاجبار الشرعي عيناً أو تخييراً وقوع الطلاق كماسبق ، وقد روي أنّه إن أبى فرق بينهما الامام ، ويمكن أن لا يريد به الطلاق ، وقد وقع التصريح بذلك أيضاً في خبر سماعة [٤] .

الثالثة عشرة : وجوب العدة على هذه المطلّقة بالايلاء إذا كانت من أهل الاعتداد ، متّفق عليه في النصوص والفتوى ، ففي صحيحة محمّد بن مسلم [٥] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل آلى من امرأته حتّى مضت أربعة أشهر ، قال : يوقف فإن عزم الطلاق اعتدت كما تعتدّ المطلّقة ، وإن أمسك فلابأس » .

---

(١) الفقيه ج٣ ص٣٣٩ ح٢ وفيه «يرجع الى الجماع» ، الوسائل ج١٥ ص ٥٤٥ ب١١ ح٤ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٠ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٥ ب١١ ح٥ .

(٣) تفسير القمي ج١ ص٧٣ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٦ ب١١ ح٦ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٢ ب٩ ح٤ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١٢ ح١ و فيهما اختلاف يسير .

وصحيحة عبدالله بن سنان [١] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الايلاء، قال : إذا مضت أربعة أشهر ووقف ، فإمّا أن يفيء وإمّا أن يطلّق ، قلت : فإن طلّق تعتدّ عدة المطلّقة؟ قال : نعم » .

وصحيحة منصور بن حازم [٢] وروايته كما في الفقيه والتهذيب « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه وعليها عدة المطلّقة وإلّا كفّر عن يمينه و أمسكها» .

ويدلّ عليه أيضاً ما تقدم في صحيحتي بريد العجلي [٣] و [٤] حيث قال في آخرهما « ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الاقراء » .

الرابعة عشرة: إذا ادعى الاصابة منها في الأربعة أو بعدها فأنكرت فالقول قوله مع يمينه لتعذر البيّنة ، وهذا الحكم ممّا خولف فيه القواعد المقررة من تقديم قول المدعي، وإنّما أخرجوه منها لتعذر إقامة البيّنة عليه أو لتعسّرها غالباً مع كونه من فعله الذي لا يعلم إلّا من جهته وأصالة بقاء النكاح وعدم التسلّط على الاجبار على الطلاق، ولخبر إسحاق بن عمّار [٥] عن الباقر عليه السلام «أنّ عليّاً عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أنّ زوجها لا يمسّها ويزعم أنّه يمسّها، قال: يحلف و يترك . و بقول الصادق عليه السلام فيما ارسل عنه كما في بعض الكتب المعتمدة «قال في فئة المؤلي: إذا قال قد فعلت وأنكرت المرأة فالقول قول الرجل و لا إيلاء» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٧ ح١٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٦ ب١٢ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج٢ ص٣٤٠ ح٤ مع زيادة، التهذيب ج٨ ص٨ ح٢١، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب١٢ ح٣ .

(٣) التهذيب ج٨ ص٣ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٣ ب١٠ ح١ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٣١ ح٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٦ ب٢ ح١ .

(٥) التهذيب ج٨ ص٨ ح٢٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب١٣ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

و مثله في تقديم قوله في الاصابة مع مخالفة الأصل المذكور مالو ادعى العنّين إصابتها في المدة أو بعدها ثمّ إذا حلف على الاصابة و طلّق وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه، قال في التحرير: الأقرب أنّه لا يمكن وكان القول قولها في نفي العدة الوطء على قياس الخصومات من أنّ البيّنة على المدعي و اليمين على من أنكر ، و إنّما خالفناه في دعوى الاصابة لما ذكر من العلّة وهي منتفية هنا كما لو اختلفا في الرجعة ابتداءً . وهذا التفريع لابن الحداد من الشافعيّة و وافقه الأكثر و استقرّ به العلّامة في التحرير ، و أورد عليه شهيد المسالك أنّه مشتمل على الجمع بين المتناقضين وهو غير تامّ على اصولنا من اشتراط الدخول في صحّة الايلاء ، ولهذا قال الشهيد الأول ـ رحمه الله ـ في نكت الارشاد: ما سمعنا فيه خلافاً ، وإنّما فرعوه على أصلهم من عدم اشتراطهم الدخول ،ومع ذلك فلهم وجه آخر لأنّه يمكن من الرجعة و يصدق في الاصابة في الرجعة ، كما يصدق فيها لدفع التفريق لأنّ في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً ، وهذا أوجه .

الخامسة عشرة: إذا ظاهر ثمّ آلى صحّ الأمران عند جماعة و كذلك بالعكس فيكون هذا الفرع مرتّباً على مطلق الجمع بين الظهار والايلاء فيلزمه حكمهما سواء قدم الظهار على الايلاء ـ كما وقع في كلام الأكثر ـ أم أخّره لبقاء الزوجيّة الصالحة لايقاع كلّ منهما عليه و إن كانت قد حرمت بالسبب المتقدم فتحرم بالجهتين و لاتستباح بدون الكفّارتين ، لكن قد عرفت اختلاف المدتين في إمهاله لهما ، فإنّ مدة الظهار ثلاثة أشهر ومدة الايلاء أربعة أشهر ، فإذا انقضت مدة الظهار فرافعته الزم بحكم الظهار خاصّة ، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين، وإن اختار العود وعزم على الوطء لزمته كفّارة الظهار ، فإذا كفّر ووطأ لزمته كفّارة الايلاء أيضاً بحنثه في يمينه ، وإن توقّفت كفّارة الظهار على مدة تزيد على مدة الايلاء كما لو كان فرضه التكفير

بالصوم أو لم يتّفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدة الايلاء أو كان الظهار متأخّراً عنه بحيث انقضت منه قبل التخلّص منه طولب بالأمرين معاً ولزمه حكمهما ، لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدة الايلاء ولّما يكمل كفّارة الظهار فإنّ حكم الايلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بفئة العاجز لأنّ الظهار مانع شرعي من الوطء قبل التكفير ، فتجتمع الكفّارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئة والاخرى للعزم عليه ، ولو أراد الوطء في هذه قبل التكفير للظهار حرم عليه تمكينها منه كما سبق وإن ابيح لها من حيث الايلاء ، ولو فعل حراماً ووطأ حصلت الفئة ولزمته كفّارة الظهار .

والأخبار خالية عن تفاصيل هذا الحكم إذا لم يرد في هذه المسألة إلّا الخبران المتقدمان في أحكام الظهار أحدهما خبر السكوني[1] عن علي عليه السلام كما في النهاية والآخر خبر الجعفريّات[2] عنه عليه السلام أيضاً ، إلّا أنّهما مجملان متشابهان لأنّهما صورتهما هكذا «في رجل آلى من امرأة وظاهر منها في كلمة واحدة ، قال: عليه كفّارة واحدة» وهما كما ترى مشعران بوحدة الكفّارة ، وقد احتملنا فيهما محامل كثيرة ويمكن ردهما إلى هذا التفصيل ويكون وحدتهما باعتبار كلّ واحد منهما عند حصول فئة والأخذ بما فصّلوه أنسب وأظهر .

السادسة عشرة: لو آلى من الأمة المتزوج بها ثمّ اشتراها انهدم النكاح كما تقدم في الظهار ، فلو نكحها بملك اليمين لم يكن عليه شيء لخروجه من حكم الايلاء لبينونة هذه ، وكذا لو أعتقها وتزوجها لم يعد إيلاء عندنا لأنّه تابع للزوجيّة فيزول بزوالها ، وكذا لو اشترته الزوجة حيث يكون مملوكاً وأعتقته ثمّ تزوجت به ، وللعامّة قول بعود الايلاء فيهما ، أمّا لو طلّق رجعيّاً فرجع بها في العدة عاد حكم الايلاء ووجبت عليه الكفّارة بالفئة بعد المراجعة ، وقد تقدم ما يدلّ عليه

(١) الفقيه ج٣ ص٣٢٢ ح١٤ ، الوسائل ج١٥ ص٥٣٤ ب١٩ ح١ .
(٢) الجعفريات ص١١٥ ، مستدرك الوسائل ج٣ ص ٢٩ ب١٤ ح١ .

من خبر منصور و صحيحه ، أمّا لو بانت و عقد عليها بعد العدة فليس عليه حكم الايلاء، و أمّا ما جاء في مرسل العيّاشي[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطّاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتّى يكفّر» فهو محمول على الاستحباب أو التقيّة .

السابعة عشرة : لا تتكرر الكفّارة بتكرر الايلاء هنا سواء قصد الثانية التأكيد للاولى أو المغايرة مع اتّحاد الزمان كأن يقول والله لاوطأتك، أو يصرح بالتأبيد فيهما أو قال والله لاوطأتك خمسة أشهر والله لاوطأتك خمسة أشهر فإنّ اليمين إنّما هي مبالغة في الفعل أو الترك المحلوف عليه وإنّما تغايرا بتغاير المحلوف عليه فإذا كررها على فعل واحد محلوف عليه فإنّما زاد في التأكيد والمبالغة ولا يجدي نفعاً قصد المغايرة ، والأصل البراءة من التكليف .

ويصدق الايلاء بالواحد والمتعدد على السواء وإن اختلف الزمان كأن يقول والله لأصبتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لأصبتك خمسة أشهر والله لأصبتك سنّة، فإن أوقعنا الايلاء معلّقاً فهما إيلاءان ويتداخلان في الأول في خمسة وينفرد الثاني بباقي السنة أو السنّة فيتربّص به أربعة أشهر ، ثمّ إن فاء أو دافع حتّى انقضت السنّة انحلّ وليس عليه بالفئة إلّا كفّارة واحدة، وإن دافع حتّى انقضت مدة الأول بقي حكم مدة الثاني وإن طلّق ثمّ راجع أو جدد العقد عليها وأبطلنا مدة التربّص بالطلاق ، فإن لم يبق من مدة الثاني بعد الرجعة إلّا أربعة أشهر أو أقل انحلّ الثاني أيضاً وإلّا طالبته بعد التربّص .

و في المبسوط وجمله أنّ مدة الايلاء إذا طالت ووقف بعد أربعة أشهر، فإن طلّقها طلقة رجعيّة فقدوفاها حقّها لهذه المدة، فإن راجعها ضربنا له مدة اخرى، فإذا انقضت وقف أيضاً ، فإن طلّق ثمّ راجع ضربنا له مدة اخرى ، فإذا مضت أوقفناه، فإن طلّقها بانت منه لأنّه قد استوفى الثلاث، وعلى هذا أبداً و في الثاني

---

(١) العياشي ج١ ص١١٣ ح٣٤٧ ، الوسائل ج١٥ ص٥٤٧ ب١٢ ح٤ .

لا تداخل بل هما إيلاءان متباينان لكلّ منهما حكم ، فإن انقضت أربعة أشهر طالبته ، فإن فاء في الخامس أو طلّق وفاها حقّها من الأول ، وبقي الثاني إن واقع حتّى انقضى الخامس انحلّ الأول و بقي الثاني ، ثمّ له التربّص في الثاني أربعة أشهر إن لم يكن طلّقها أو راجعها واحتسبنا العدة من المدة أو بقي أزيد من أربعة أشهر .

الثامنة عشرة: لا خلاف في أنّ كفّارة الايلاء كفّارة يمين كما دلّ عليها الكتاب والسنّة والاجماع، وسيجيء بيانها في كتاب الكفّارات إن شاء الله تعالى.

* * *

كتاب اللعان

وهو لغةً مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعاً للّعن وأصله الطرد والابعاد، وشرعاً كلمات معلومة جعلت حجّة للمضطر إلى قذف فراشه أو إلى نفي ولده، وسمّيت لعاناً لاشتمالها على كلمة اللعن، و خصّت بهذه الصيغة القسميّة لأنّ اللعن كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والأيمان والشيء يشتهر بما وقع فيه الغريب، و على ذلك جواز معظم تسمية سور القرآن. و لم يسمّ بما يشتق من الغضب لأنّ لفظ الغضب يقع في جانب المرأة وجانب الرجل أقوى، وأيضاً فلعانه يسبق لعانها و قد ينفك عن لعانها، أو لأنّ كلاًّ من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها و يطرده أو يحرم النكاح بينهما أبداً، و قد جاء بذلك الكتاب، قال الله تعالى « و الذين يرمون أزواجهم » [1] الآية، و سبب نزولها ممّا اختلف فيه الروايات عندنا و عند العامّة، ولا حاجة لنا في التعريض لما روته العامّة وإن كان أكثر أصحابنا قد اقتصروا على رواياتهم كما هي عادتهم و طريقتهم، فروى الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب في الصحيح أيضاً و الكليني في الكافي في الحسن عن عبدالرحمن بن الحجّاج [2] «قال: إنّ عبّاد البصري سأل أباعبدالله عليه السلام وأنا عنده حاضر: كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: إنّ رجلاً من المسلمين أتى رسول الله

---

(١) سورة النور ـ آية ٦.

(٢) الكافي ج٦ ص١٦٣ ح٤، الفقيه ج٣ ص٣٤٩ ح ٩، التهذيب ج٨ ص١٨٤ ح٣، الوسائل ج١٥ ص٥٨٦ ب١ ح١.

صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت لو أنّ رجلاً دخل منزله فرأى مع امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع به ؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل ، و كان الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله عزّ وجلّ بالحكم فيها ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه فقال صلى الله عليه وآله : أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً؟ فقال: نعم، فقال صلى الله عليه وآله : انطلق فائتني بامرأتك فإنّ الله عزّ وجلّ قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فأوقفها عند رسول الله صلى الله عليه وآله ثمّ قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنّك لمن الصادقين فيما رميتها به ، فشهد ، قال : ثمّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله : أمسك ، ووعظه ثمّ قال له: اتّق الله فإنّ لعنة الله شديدة، ثمّ قال له: اشهد الخامسة أنّ لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحي ، ثمّ قال صلى الله عليه وآله للمرأة : اشهدي أربع شهادات بالله إنّ زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به ، قال : فشهدت ثمّ قال لها: أمسكي، فوعظها ثمّ قال لها:اتّقي الله فإنّ غضب الله شديد ، ثمّ قال لها: اشهدي الخامسة أنّ غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به ، قال : فشهدت ففرق بينهما وقال لهما : لا تجتمعا بنكاح أبداً بعدما تلاعنتما » .

وفي رسالة المحكم والمتشابه (١) للمرتضى نقلاً عن تفسير النعماني بإسناده عن علي عليه السلام و في تفسير القمّي (٢) مرسلاً عنهم عليهم السلام « قال : إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لمّا رجع من غزاة تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إنّ امرأتي زنت بشريك ابن الشمحاط ، فأعرض عنه ، فأعاد عليه القول فأعرض عنه، فأعاد عليه ثالثة ، قال: فدخل فنزل اللعان فخرج إليه فقال: ائتني بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآناً، فمضى فأتاه بأهله وأتى معها قومها فوافوا رسول الله صلى الله عليه وآله وهو يصلّي العصر، فلمّا

(١) المحكم والمتشابه ص٧٢ ط دار الشبستري ـ قم ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ ب١ ح٩ مع اختلاف يسير .

(٢) تفسير القمي ج٢ ص٩٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ ب١ ح٩ مع اختلاف يسير.

فرغ أقبل عليهما فقال لهما : تقدما إلى المنبر فتلاعنا، فتقدم عويمر فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وآله آية اللعان «و الذين يرمون أزواجهم» الآية، فشهد أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين والخامسة أنّ غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثمّ شهدت بأربع شهادات بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماها به ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : العني نفسك الخامسة فشهدت ، وقالت في الخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله: اذهبا فلن تحلّ لك ولن تحلّي له أبداً ، فقال عويمر : يا رسول الله صلى الله عليه وآله فالذي أعطيتها؟ فقال: إن كنت صادقاً فهو لها بما استحللت فرجها ، وإن كنت كاذباً فهو أبعد لك منه » .

وأمّا العامّة فرووا عن ابن عبّاس أنّ القضيّة نزلت في هلال بن اميّة قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وآله بشريك بن شمحاط، وفي روايتهم عن سهل بن سعد الساعدي أنّها نزلت في عويم العجلان، وليس في أخبارنا ما يطابق هاتين الروايتين ،وعلى كلّ تقدير فليس الحكم مختصّاً بموضع النزول لأنّ قضيّة النزول لا تخصّص الحكم الكلّي ، ولهذا جاء في تفسير الآية ما يدلّ على تعميمها وإعطاء الحكم الكلّي . فما جاء في رواية زرارة[١] «قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم»[٢] قال : هو القاذف الذي يقذف امرأته ، فإذا قذفها ثمّ أقرّ أنّه كذب عليها جلد الحدّ وردّت إليه امرأته وإن أبى ، إلّا أن يمضي فليشهد عليها أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين والخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب ـ والعذاب هو الرجم ـ شهدت أربع شهادات بالله إنّه لمن الكاذبين والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، فإن لم تفعل رجمت، فإن فعلت درأت عن نفسها

(١) الكافي ج٦ ص١٦٢ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٨ ب١ ح٧ .
(٢) سورة النور ـ آية ٦ .

الحدّ ثمّ لاتحلّ له إلى يوم القيامة» الحديث . وقداشتمل هذا الكتاب على ثلاثة مقاصد :

المقصد الاول :في سببه

وهوأمران: القذف وإنكار الولد للنصوص من الكتاب والسنّة خلافاً للصدوق في الفقيه والهداية وظاهر المقنع ، فقال: لالعان إلّا بنفي الولد ، وإذا قذفها ولم ينتف من ولدها جلد ثمانين جلدة .

واحتجّ له بخبر محمّد بن مسلم [١] عن أحدهما عليهما السلام «قال : لايكون لعان إلّا بنفي الولد ، وقال : إذا قذف الرجل امرأته لاعنها» .

وبخبر أبي بصير [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : لايقع اللعان إلّا بنفي الولد» .

وأجاب الشيخ عن ذلك في كتابي الأخبار بعد الطعن بالضعف والمعارضة لكتاب الله والأخبار المستفيضة ، لأنّه محمول على مالوقذفها بدون دعوى المشاهدة فإنّه لاينعقد اللعان إلّا بنفي الولد .

وأجاب غيره بإضافة الحصر بالنسبة إلى مقتضى المقام، ويكون المراد أنّه لا لعان بمجرد الشبهة واحتمال كون الولد من الغير ، ويدلّ عليه نصّه عليه السلام في الخبر الأول بعد الحصر المذكور باللعان إذا قذفها، فيتناقض الكلام لو أبقينا الحصر على حقيقته . وهذا المقصد مشتمل على فصلين :

الاول :

أنّ القذف إنّما يكون سبباً في اللعان لو رمى زوجته المحصنة الظاهرة بالعفّة المدخول بها بالزنا قبلاً أودبراً لعموم الأدلّة والاجماع كما نقله شيخ

(١) الكافي ج٦ ص١٦٦ ح١٦ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٢ ب٩ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٨٥؛ ح٥ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٢ ب٩ ح٢وفيهما «لايقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ولايكون الا ... »

الخلاف ، ولم يحك خلافاً إلّا عن أبي حنيفة في الدبر مع دعوى المشاهدة وعدم إقامة البيّنة ، فلو رمى الأجنبيّة أو أمته أو زوجته المشهورة بالزنا أو رمى غير المدخول بها أو رماها بغير الزنا من مقدماته أولم يدع المشاهدة فلالعان .

(أمّا) الأول فبالأصل و الآية و النصوص و الاجماع وهي كثيرة ، بل قضيّة النزول واضحة جليّة .

(وأمّا) الثاني أعني كونها محصنة فلأنّ رمي المشهورة بالزنا لايوجب اللعان بل ولاحدّ القذف وإن اوجب التعزير ـ كما سيأتي في الحدود ـ لأنّه إنّما شرع صوناً لعرضها من الانتهاك ، وعرض المشهورة بالزنا منتهك ، ولم أر من اشترطه من الأصحاب إلّا المحقّق والعلّامة في الشرايع والقواعد، والمراد بالمحصنة ـ بفتح الصاد و كسرها ـ من العفيفة عن وطء محترم لايصادف ملكاً وإن اشتمل على عقد لاماصادفه ، وإن حرم كوقت الحيض والاحرام والظهار فلايخرج به عن الاحصان وكذا وطء الشبهة ومقدمات الوطء مطلقاً ، أمّا التقييد بالدخول بها فليس بمتّفق عليه لأنّه موضع خلاف عندنا وعند العامّة ، وأمّا اشتراط دعوى المشاهدة ليخرج ما إذا اطلق أو صرح بعدمها ، وهذا الشرط مجمع عليه بين أصحابنا ، و اختاره بعض العامّة ووجّهه مع إطلاق الآية أنّه شهادة وهي مشروطة بالمشاهدة ،والأخبار الواردة في النزول كما قد سمعت شاهدة بذلك ، و كذلك الأخبار المستفيضة في غير النزول .

فمنها صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا قذف الرجل امرأته فإنّه لايلاعنها حتّى يقول رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها» .

ومثله صحيحة محمّد بن مسلم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سألته عن الرجل

(١) الكافي ج٦ ص١٦٣ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٢ ب٢ ح٢

(٢) الكافي ج٦ ص١٦٦ ح١٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٣ ب٤ ح٢ وفيهما «أني رأيتك» .

يفتري على امرأته، قال : يجلد ثمّ يخلّى بينهما ولا يلاعنها حتّى يقول أشهد أنّي قد رأيتك تفعلين كذا و كذا» .

وصحيحة الحلبي [١] عن أبي عبدالله « قال : إذا قذف الرجل امرأته، قال : لا يلاعنها حتّى يقول رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها» .

وموثّقة أبي بصير [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال في الرجل يقذف امرأته : يجلد ثمّ يخلّى بينهما ولا يلاعنها حتّى يقول إنّه قد رأى بين رجليها من يفجر بها» .

وصحيحة سليمان بن خالد [٣] عن أبي جعفر الثاني عليه السلام «قال : قلت له : كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله ، و إذا قذف غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحدّ أو يقيم البيّنة على ما قال؟ قال: قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن ذلك فقال : إنّ الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله ، وإذا قال إنّه لم يره قيل له أقم البيّنة على ما قلت وإلّا كان بمنزلة غيره ، وذلك أنّ الله جعل للزوج مدخلاً لا يدخله غيره والد ولا ولد يدخل بالليل و النهار فجاز له أن يقول ، و لو قال غيره رأيت قيل له و ما أدخلك المدخل الذي ترى هذا فيه وحدك ، أنت متّهم و لا بدّ من أن يقام عليك الحدّ الذي أوجب الله عليك» .

و مثلها رواية محمّد بن سليمان [٤] كما في الفقيه ، و مرسلة محمّد بن أسلم الجبلي [٥] كما في العلل عن بعض أصحابه عن الرضا عليه السلام وزاد «وإنّما صار شهادة

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦٣ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٤ .

(٢) الكافي ج٧ ص٢١٢ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٣ ب٤ ح١ .

(٣) التهذيب ج٨ ص١٩٢ ح٢٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٥ وفيهما «عن محمد بن سليمان» .

(٤) الفقيه ج٣ ص٣٤٨ ح ٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٥ .

(٥) علل الشرايع ص ٥٢٥ ب ٣٣٦ ح١ طبع النجف الاشرف ، الوسائل ج ١٥ ص٥٩٤ ب ٤ ح٦ وفيهما اختلاف يسير .

الزوج أربع شهادات بالله لمكان الأربعة الشهداء مكان كلّ شاهد يمين».

وخبر أبي خالد الهيثمي الفارسي[١] كما في المحاسن «قال: سئل أبو الحسن عليه السلام» و ذكر نحوه مع الزيادة.

ورواه الكليني عن الحسن بن يوسف عن محمّد بن سليمان[٢] نحوه وذكر الزيادة أيضاً.

ومرسلة أبان عن رجل[٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يكون لعان حتّى يزعم أنّه قد عاين».

ويلزم على هذا الشرط أنّ الأعمى لو قذف زوجته حدّ لعدم إمكان اللعان في حقّه لعدم إمكان المشاهدة وإنّما يتوجّه لعانه بسبب نفي الولد. واستشكل ثاني الشهيدين الحكم بإمكان علمه بدون المشاهدة، واحتمل في إمكان المشاهدة في الأخبار الشاهدة بذلك تخصيصها بمن يمكن في حقّه أو يجعله كناية عن العلم بذلك. و فيه نظر إذ قد عرفت من صراحة تلك الأخبار و أنّها معلّقة على العلم الخاص، وعلى كلّ تقدير فلا يكفي الظنّ المقترن إلى القرائن أو الشياع المجرد وينبّه عليه سقوط اللعان بقذف المشهورة بالزنا، وقد أيّد ثاني الشهيدين ذلك التأويل بعموم قوله تعالى «والذين يرمون أزواجهم» وفيه ما فيه، حيث إنّ الأخبار التي جاءت في سبب النزول مشتملة على دعوى المشاهدة، وكذلك فتوى الأصحاب قد أطلقوا اشتراط المعاينة نظراً إلى ظواهر تلك النصوص.

وأمّا اشتراط عدم البيّنة فلظاهر قوله تعالى «و لم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم» فإنّ مفهومه أنّه لو كان له بيّنة لا يلاعن لامكان نفي الحد، إلّا أنّ

---

(١) المحاسن ص٣٠٢ ح١١، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٦.

(٢) الكافي ج٧ ص٤٠٣ ح٦ وفيه «الحسين بن سيف»، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٦.

(٣) الكافي ج٦ ص١٦٧ ح٢١، الوسائل ج١٥ ص٥٩٣ ب٤ ح٣.

الأصحاب قد اختلفوا في ذلك ، فذهب في الخلاف والمختلف إلى عدم اشتراطه للأصل ولأنّ النبي ﷺ لاعن بين عويمر العجلاني وزوجته كما روته العامّة ولم يسألهما عن البيّنة، فلو كان عدمها شرطاً لسأل. وقوى في المبسوط الاشتراط واختاره المحقّق في الشرايع وهو مذهب الأكثر لظاهر الآية وظاهر الأخبار التي قدمناها سيّما الأخبار المعلّلة بإقامة شهادته أربع شهادات بالله مقام الأربعة الشهود .

وأمّا اشتراط الدخول فيما إذا كان سببه القذف فهو مذهب الأكثر، وخالف ابن إدريس في ذلك لاطلاق الآية وكثير من الروايات ، إلّا أنّ مذهب الأكثر هو الأصحّ لصراحة الأخبار الواردة في ذلك بالخصوص مثل رواية أبي بصير [(١)] عن الصادق عليه السلام « قال : لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بامرأته ، ولا يكون لعان إلّا بنفي الولد » . وروايته الاخرى [(٢)] أيضاً عنه عليه السلام «قال : لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بأهله » .

وخبر محمّد بن مضارب [(٣)] المروي بطرق عديدة كما رواه المحمّدون الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد » .

وخبر محمّد بن مسلم [(٤)] عن أبي جعفر عليه السلام « قال : لا تكون الملاعنة ولا الايلاء إلّا بعد الدخول » .

وصحيحة أبي بصير ليث المرادي [(٥)] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل تزوج امرأة غائبة لم يرها فقذفها ، قال : يجلد » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٥ ح٥ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٤ ب٩ ح٢ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٩٢ ح٣٠ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٤ ب٩ ح٢ .

(٣) الكافي ج٧ ص٢١٣ ح١٤ ، ولم نعثر عليه في الفقيه ، التهذيب ج٨ ص ١٩٦ ح٤٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩١ ب٢ ح٠٢ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٦٢ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩١ ب٢ ح٥ .

(٥) التهذيب ج١٠ ص٧٨ ح٦٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩١ ب٢ ح٧ .

و مرسلة ابن أبي عمير (١) الصحيحة إليه « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال : يضرب الحد ويخلّى بينه و بينها».

وخبر محمّد بن مضارب (٢) أيضاً «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاعناً إلّا بعد أن يدخل بها يضرب حداً وهي امرأته ويكون قاذفاً»

وربما قدح في هذه الأخبار بضعف طرقها حيث اقتصروا على روايتي أبي بصير ومحمّد بن مضارب و ذلك جرياً على الاصطلاح الجديد . و من هنا استحسن ثاني الشهيدين في المسالك مذهب ابن إدريس لقوة دليله عنده وهو إطلاق الآية وما اطلق من صحاح الاخبار. وفيه نظر لما سمعت أنّ هذه الأخبار فيها الصحيح وغيره وإطلاق الآية مقيّد بها مع ما يضاف إلى ذلك من عمل الطائفة سوى ابن إدريس بها، و كأنّ ابن إدريس حمل الأخبار المشترطة للدخول على أنّه إذا كان السبب له نفي الولد. وفيه نظر لأنّ الروايات التي ذكرناها المشترطة للدخول صريحة في أنّ سببه القذف ، ويظهر من محقّق الشرايع وغيره ممّن تأخّر عنه أنّ من الأصحاب وإن لم يعرف بخصوصه من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان مطلقاً لأنّه جعل التفصيل قولاً ثالثاً ، وهو غير متوجّه لما عرفت من أنّ الدخول شرط في لحوق الولد بالاجماع والأخبار، فلا يتوقّف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه فالحقّ انحصار الخلاف في قولين ، فالمشهور اشتراطه فيهما ، والثاني التفصيل المنسوب لابن إدريس . نعم يمكن أن يكون ذلك القول للعامّة حيث لم يشترط في اللحوق الدخول كما مضى في حكم الأولاد، و هاهنا مسائل :

الاولى: لو قذفها بزنا إضافة إلى ما بعد النكاح ففيه خلاف ، ففي الخلاف

---

(١) الكافي ج٧ ص٢١١ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩١ ب٢ ح٣ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٩٧ ح٥١ وفيه «حتى يدخل بها» ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٢ ب٢ ح٨.

ليس له اللعان اعتباراً بحالة الزنا، وفي المبسوط له ذلك ، واختاره الأكثر لاطلاق الآية وإطلاق جملة من الروايات وأخبار خصوص الواقعة التي هي سبب الشرعيّة لايخصّص العام وأمّا التعليل باعتبار حال القذف أو الزنا فهو تعيين لمحل النزاع لاعلّة برأسه ، ولايجوز قذفها مع الشبهة ولامع غلبة الظنّ و لاباخبار الثقة و لا بشياع أنّ فلاناً زنى بها فإنّ الأصل تحريم قذف الزوجة كالأجنبي وإنّه يلزمه الحد،إلّا أنّه لّما كان في بعض الحالات التي لايصل إليه الأجنبي قد ابيح له ذلك القذف بل قد يجب التخليص النسب جعل له الشارع طريقاً مخلّصاً عن الحدّ باللعان، والأجنبيّ لايتخلّص عن الحدّ إلّا ببيّنة تقوم على المقذوف أو بإقرار المقذوف .

وبالجملة: فمقتضى هذا التعليل ووجه الحكمة أنّه لو قذفها بزنا متقدم على نكاحه لها أن لايكون لعان بينهما و إن كان الاطلاق في الكتاب و السنّة يؤيّد القول المشهور .

الثانية : لو قذفها بغير الزنا كالسحق لم يثبت اللعان في المشهور وإن أثبت حتّى لو ادعى المشاهدة لأنّه مشروط بالرمي بالزنا أو نفي الولد ، وأمّا ثبوت الحدّ به فلأنّه قذف بفاحشة توجب الحدّ كالزنا واللواط، وفي باب الحدود حصروا موجب الحدود بالقذف في الرمي بالزنا أو اللواط و هو يقتضي عدم ثبوت الرمي بالسحق بل التعزير خاصّة، وبه صرح أبو الصلاح الحلبي وقربه في المختلف لأصالة البراءة من وجوب الحد، كما لو قذفه بإتيان البهائم .

واستوجهه ثاني الشهيدين ، قال في المسالك : لأنّ النصّ لم يجيء بالحدّ إلّا على الرمي بالزنا واللواط وهو متّجه ، وسيجيء إن شاء الله تعالى في الحدود الكلام عليه منقّحاً .

الثالثة : إذا قذف زوجته في العده الرجعيّة كان له اللعان لأنّها زوجة يثبت بها الاحصان فله أن يلاعنها ، كما يجوز أن يطلّقها ويؤلي منها ويظاهر، فيصحّ لعانه في الحال من غير مراجعة ، وتترتّب عليه أحكامه بخلاف ما إذا ظاهر

عنها وآلى ، حيث يتوقّف أمرهما على الرجعة، لأنّ حكم الايلاء منوط بالمضارة ولامضارة مع الطلاق والكفّارة بالظهار، وإنّما تتعلّق بالعود وإنّما يحصل العود بالرجعة . وأمّا اللعان فمداره على الفراش ، ولحوق النسب و الرجعة في ذلك كالمنكوحة بالفعل ، وفي التأخير خطر بالموت فلم يتوقّف أمره على الرجعة .

أمّا لو كان الطلاق بائناً أو قذفها بعد استيفاء العدة الرجعيّة وإن أضافه إلى زمن الزوجيّة فلا لعان بل يثبت الحدّ لأنّها ليست زوجة حينئذٍ ، والحكم مترتّب في الكتاب والسنّة وإجماع الأصحاب على رمي الزوجة ، ولأنّها في هذا الحال أجنبيّة فلا ضرورة إلى قذفها .

الرابعة :لو قذف زوجته المجنونة بالزنا فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحدّ لتحقّق القذف بالفاحشة المحرمة ، وإن نسبه إلى حالة الجنون فلا حدّ لانتفاء قذفها بالزنا المحرم منها حينئذٍ . و لو كانت المقذوفة عاقلة حال القذف و لكن أضافه إلى حالة جنونها فإن علم أنّ لها حالة الجنون واحتمل ذلك في حقّها فلا حدّ لانتفاء الزنا المحرم منها حينئذٍ ، لكن يجب تعزيره للايذاء، وإن علم استقامة عقلها فمقتضى إطلاق عباراتهم أنّه كذلك لتحقّق القذف الصريح فتلغى الاضافة إلى تلك الحالة ، واحتمل ثاني الشهيدين في المسالك العدم لأنّه نسبها إلى الزنا في تلك الحالة . و إذا علم انتفاؤها لم تكن زانية فيكون ما أتى به لغواً من الكلام و محالاً في العادة ، فأشبه ما إذا قال زنيت و أنت رتقاء ، فالأصحّ الأول، ثمّ التعزير و الحدّ مترتّبان على مطالبتها في حال الصحّة، فإن أفاقت وطالبت بالحدّ أو التعزير كان له أن يلاعن لانتفائهما، وليس لوليّها المطالبة بهما ما دامت حيّة لأنّ طريق إسقاطه من جانب الزوج الملاعنة و هو لا يصحّ من الولي ، و كذا ليس له مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها ما دامت حيّة ، فإن ماتت كان موضع خلاف ، فالشيخ على أنّ له ذلك ، واستحسنه المحقّق لأنّ الولي بالنسبة إلى المملوك بمنزلة الوارث ، وحقّ الحدّ والتعزير يورث كالمال،

وربما استشكل ذلك من حيث إنّ انتقاله إلى المولى إن كان بحقّ الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياة وليس كذلك، وإن كان بحقّ الارث فالمملوك لا يورث اتّفاقاً.

ورُدّ بأنّه حقّ ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه، ويكون السيّد أحقّ به لا على جهة الميراث بل لأنّه أولى من غيره وبأنّه إنّما لا يورث عنه المال، وأمّا غيره من الحقوق المختصّة به فإنّه يورث عنه، وتنظّر ثاني الشهيدين في هذا الجواب، وذلك ظاهر لا يخفى، ومن هنا ذهب الأكثر إلى عدم انتقال ذلك الحقّ إلى المولى.

الخامسة: لفظه الصريح نحويّاً زانية أو قد زنيت أو زنى فرجك أو قبلك أو دبرك أو بدنك دون عينيك ويدك ونحوهما، فإنّ المتبادر من زنائهم النظر واللمس ولا لعان عندنا بجنايات القذف، فلو قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان حتّى يقول في الناس زناة وأنت أزنى منهن.

أمّا الأول فلأنّ ظاهره التفضيل على جميع الناس في الزنا، ومعلوم أنّ الناس كلّهم ليسوا زناة، وكما يحتمل أن يريد أزنى زناة الناس يحتمل إرادة نفي الزنا عنها، بمعنى أنّه لو كان الناس كلّهم زناة فأنت أزنى منهم، وكلاهما خلاف الظاهر، إلّا أنّه أراد أن يصرح أنّها أزنى من زناة الناس فيكون قاذفاً كما في المبسوط.

وأمّا في الثاني فلأنّه إنّما يتيقّن إرادة النسبة إلى الزنا إذا نسب فلاناً إليها، ولمّا لم يصرح به احتمل إرادة النفي، أي لو كان فلاناً زانياً فأنت أزنى منه إلّا أن يفسّره بإرادة القذف، وقوى الشيخ في الخلاف كونه قذفاً لهما بظاهره، وقواه شارح القواعد في شرحه كشف اللثام لأنّ حقيقة لفظ التفضيل يقتضي التشريك في أصل الفعل مع زيادة في المفضّل وإرادة النفي مجاز لا يصار إليه إلّا مع القرينة الصارفة عن الحقيقة، وعلى المشهور لو ثبت زنا فلان بالبيّنة أو الاقرار والقاذف جاهل حين قال لها هذا القول ـ أعني أنت أزنى منهم ـ لم يكن قاذفاً، وإن كان عالماً بذلك فهو قاذف، ولو قال لها: يازان بالتذكير فهو قاذف لصحّة إطلاق الزاني عليها، بمعنى ذات الزنا، على أنّه لو سلّم كونه لحناً فلا يضرّ لتحقّق القذف نسبتها

مع تعيّنها إلى الزنا وإن وقع اللحن في اللفظ، وربما وجّه بالترخيم وأورد عليه بأنّه يختصّ بالأعلام واجيب بشياع ياصاح في تركيب يا صاحب، وبأنّ الترخيم إنّما يسقط هاء التأنيث كقوله أفاطم مهلاً بعض هذا التدلّل ، و قد اسقطت هنا مع الياء، واجيب بأنّ ذلك هو القياس إذا كان في آخر الكلمة حرف صحيح قبله مدة ، ويمكن إسقاط الهاء هنا للترخيم والياء للوقف على أحد اللغتين في الوقف على الناقص . وللعامّة قول بأنّه ليس بقذف مطلقاً ، وآخر بأنّه إن كان من أهل العربيّة فليس بقذف وإلّا فهو قذف .

وفي الخلاف للشيخ: أنّ الذي يقتضيه مذهبنا الرجوع إليه، فإن أراد القذف فهو قاذف وإلّا فلا لأصالة البراءة وانتفاء الدليل على حكم القذف. ولو قال: رأيتك تزني فهو قاذف وإن كان أعمى لأنّه صرح بنسبتها إلى الزنا وإن كذب في دعوى المشاهدة ، نعم لا يثبت في طرفه اللعان كما قدمنا عن قريب ، ولو قذف أجنبيّة ثمّ تزوجها وجب الحدّ ولالعان، فلو نسبها إلى زنا هي مستكرهة عليه أو مشتبهة أو نائمة ففي كونه قذفاً إشكال من أنّه إنّما نسبها إلى أمر غير ملوم عليه و لا مأثوم فيه ، و به قطع الشيخ وهو الوجه لأنّه لا يسمّى بالزنا في عرف الشارع ، ثمّ ظاهر الشيخ التردد في التعزير، والأقرب التعزير للايذاء بالعار وانتهاك الأستار و لا لعان على الوجهين إلّا لنفي الولد ، أمّا على الثاني فظاهر ، و أمّا على الأول فلأنّ اللعان على خلاف الأصل، والمتبادر من الرمي بالزنا الرمي بما لم يكن عن إكراه فيقتصر عليه ، ولأنّه الذي يوجب الانتقام منها .

و كذا لا لعان لو كان وطء شبهة من الجانبين إلّا لنفي الولد وفي الحدّ والتعزير ما قد عرفت فيما تقدم، ولو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد اللعان لأنّه يمين واليمين لا يتداخل في حقّ الجماعة بلا خلاف ، فإن تراضين بمن يبدأ بلعانها بدىء بها وإن تشاححن اقرع بينهما أو بدأ الحاكم بمن شاء ولا يتّحد برضاهنّ بلعان واحد كما لو رضي المدعون بيمين واحدة .

ولو قال زنيت وأنت صغيرة وجب التعزير للايذاء دون الحدّ إذ لا إثم عليها، وفي المبسوط أنّه إن فسّره بما لا يحتمل القذف كأن يقول زنيت ولك سنتان أو ثلاث كان كاذباً بيقين ولا حدّ عليه ولا تعزير قذف ولكن تعزير سبّ وشتم وليس له إسقاطه باللعان ، وإن فسّره بما يحتمله كأن يقول زنيت ولك تسع سنين أو عشر فهذه يتأتّى فيها الزنا لكن لا حدّ عليه لأنّ الصغيرة الناقصة لا يجب الحدّ برميها ويعزر تعزير قذف وله إسقاطه باللعان .

وإن قال : زنيت وأنت مشركة كان عليه التعزير إن عهد لها ذلك أي حال شرك وإلّا يعهد ذلك لها فالحد، فإنّه لم يقذف المشركة كما قلنا في المجنونة بل قذف المسلمة العاقلة ، وما ذكره من القيد يكون لغواً، ويحتمل هنا سقوطه رأساً إذا لم يعهد لأنّه لم يلزمها بزنا يلزمه إثمه وإنّما جاء بمحال ، فكان كلامه بتمامه لغواً ، ولو ادعت عليه القذف فأنكر فأقامت شاهدين فله أن يلاعن إن ظهر لانكاره تأويلاً كأن يقول: إنّي كنت قلت لها زنيت وبذلك شهد الشاهدان ولكنّه ليس بقذف لأنّي صدقت في ذلك وإلّا فلا لعان ووجب الحدّ لأنّه باللعان يكذب نفسه فإن أنشأ قذفاً آخر كأن يقول: ماقذفتها ولكنّها زانية فله اللعان واندفع فذلك الحدّ أي الحدّ الذي شهدت به البيّنة أيضاً لأنّه لا يتكرر الحدّ إذا تكرر القذف بزنا واحد ، فهنا أولى ، إلّا إذا كانت صورة إنكاره : ما قذفت ولا زنيت ، فإنّ قذفه بعده ينافي شهادة الابراء أعني شهادته ببراءتها إلّا أن تمضي مدة يحتمل فيها طريان الزنا فله اللعان حينئذٍ ، ولو امتنعا عن اللعان فلمّا عرضا للحدّ أو استوفى بعض الجلدات رجعا إليه جاز للعموم و اللعان و إن كان يميناً ، و لا رجوع إلى اليمين بعد النكول لكنّه الحق هنا بالبيّنة لمفارقته لليمين في أنّ النكول عن اليمين يوجب انتقالها إلى الآخر ، وليس كذلك اللعان ، ومشابهة لعانه للبيّنة إثبات الحدّ عليها ، و لو حدّ فأراد أن يلاعن بعده مكّن منه إن أضاف نفي الولد إليه وإلّا فلا ، إذ لا فائدة فيه ، لأنّ فائدته درء الحدّ وقد اخذ ، و كذا لا تمكّن

المرأة منه بعد إن حدّت .

السادسة: لو شهد أربعة على امرأة بالزنا وكان أحدهم زوجها ثبتت الملاعنة على الزوج وجلدت الثلاثة حدّ القاذف ودرىء الحدّ عنها كما هو مذهب جماعة من القدماء ، و ذهب الأكثر إلى ثبوت الحدّ عليها بذلك لأنّ الزوج أحد الشهود الأربعة .

ويدلّ على القول الأول خبر إبراهيم بن نعيم عن أبي يسار مسمع بن عبدالملك[(١)] في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها ، قال : يجلدون الثلاثة و يلاعنها زوجها ويفرق بينهما ولاتحلّ له أبداً» .

و مثله خبر زرارة [(٢)] عن أحدهما عليهما السلام « قال في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن الزوج ويجلد الآخرون» .

وتمسّك الأكثر بخبر إبراهيم بن نعيم الآخر[(٣)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها ، قال : تجوز شهادتهم».

و بما رواه الصدوق في الفقيه [(٤)] مرسلاً « قال : روي أنّ الزوج أحد الشهود» وقد رجّح الشيخ وجماعة هذه الأخبار لموافقتها لظاهر القرآن ، أعني قوله تعالى «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم» ومقتضاها ما قد عرفت من اشتراط اللعان بنفي شهادة من سواه ، وبالأحاديث الدالّة على على ثبوت الزنا بشهادة أربع مطلقاً . وحملوا الأخبار الاولة على فسق الشهود ، وسيجيء زيادة تحقيق لهذه المسألة في الحدود إن شاء الله تعالى .

(١) التهذيب ج ١٠ ص٧٩ ح٧١ وفيه «نعيم بن ابراهيم» ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٦ ب١٢ ح٣ وفيهما « أبى سيار مسمع » وكذلك «بفجور» بدل «بالزنا» .

(٢) و(٣) التهذيب ج٦ ص٢٨٢ ح١٨٢ و١٨١ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٦ ب ١٢ ح٢و١ .

(٤) الفقيه ج٤ ص٣٧ ح١٧، الوسائل ج١٥ ص٦٠٦ ب١٢ ح٤ .

السابعة: إنّ من قال لامرأته: لم أجدك عذراء لم يثبت اللعان بذلك بينهما بل عليه التعزير لأنّه ليس بقذف صريح وإنّما يترتّب عليه الايذاء.

ويدلّ على هذا الحكم من الأخبار بعد الفتوى صحيحة زرارة وروايته عن أبي عبدالله عليه السلام وأبي جعفر عليه السلام قالا «في رجل قال لامرأته: لم تأتني عذراء، قال: ليس بشيء لأنّ العذرة تذهب بغير جماع» والخبر الأول من التهذيب [١] والثاني من العلل [٢].

و خبر إسحاق بن عمّار عن أبي بصير [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: في رجل قال في إمرأته: لم أجدك عذراء، قال: يضرب، قلت: فإذا قاذف؟ قال: يضرب فإنّه يوشك أن ينتهي».

وروى الكليني هذا الحديث من طريق العبيدي عن يونس [٤] وزاد فيه «قال يونس: يضرب ضرب أدب ليس بضرب حدّ لئلّا يؤذي امرأةً مؤمنة بالتعريض».

أمّا ما في صحيحة الحلبي [٥] عن أبي عبدالله عليه السلام كما في التهذيب «قال: إذا قال الرجل لامرأته لم أجدك عذراء وليس له بيّنة، قال: يجلد الحدّ ويخلّى بينه وبين امرأته» وحمل الشيخ الحدّ هنا على التعزير لما مرّ ويأتي، وحمله غيره على التصريح بالقذف من غير دعوى المعاينة.

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٦ ح٤٨، الوسائل ج١٥ ص٦٠٩ ب١٧ ح١.

(٢) علل الشرايع ص٥٠٠ ب٢٦١ ح١ وفيه «ما أتيتنى وأنت عذراء، قال: ليس عليه شيء قد تذهب العذرة من غير جماع».

(٣) التهذيب ج٨ ص ١٩٦ ح٤٩، الوسائل ج١٥ ص ٦٠٩ ب١٧ ح ٢ و فيهما «لامرأته ــ فان عاد؟».

(٤) الكافى ج٧ ص٢١٢ ح١١ و فيه « فانه عاد ــ بضرب الحدود »، الوسائل ج١٥ ص٦٠٩ ب١٧ ح٢ وفيهما «لامرأته».

(٥) التهذيب ج٨ ص١٩٥ ح٤٣، الوسائل ج١٥ ص٦١٠ ب١٧ ح٣.

ويدلّ على نفي الحدّ صريحاً خبر حمّاد عن زياد بن سليمان [١] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل قال لامرأته بعد مادخل بها : لم أجدك عذراء ، قال: لاحدّ عليه» وأسند الصدوق هذه الرواية إلى حمّاد بن زياد بن سليمان .

وأمّا مافي صحيحة عبدالله بن سنان [٢] «قال: قال أبو عبدالله عليه السلام : إذاقال الرجل لامرأته: لم أجدك عذراء وليست له بيّنة يجلد الحدّ ويخلّى بينه وبينها» ويحتمل مثل مااحتملته صحيحة الحلبي وإن كان التأويل الأخير بها أشبه بدليل قوله «وليست له بيّنة».

المقصد الثاني : [٣]

في بيان السبب الثاني في اللعان وهو إنكار الولد ، فإنّما يثبت اللعان بنفي الولد إذا كان يلحقه ظاهراً و لاينتفي عنه بنفيه ، وذلك بأن تضعه الزوجة الدائم بستّة أشهر فصاعداً من حين وطئه لم يتجاوز أقصى مدة الحمل كما تقدم في أحكام الأولاد ، و كلّ ولد لايمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه و لم يحتج انتفاؤه منه إلى لعان ، كما لو ولدته لأقلّ من ستّة من حين وطئه في النكاح أو لأكثر من أقصى مدة الحمل فإنّه لايلحق به، وإذا نفاه انتفى لغير لعان ، فلو تزوج المشرقي بمغربيّة كذلك وأتت بولد لستّة أشهر من العقد خاصّة لم يلحق به لعدم الامكان عادة ، ولا لعان عندنا ولا إلحاق ، خلافاً لبعض العامّة ، وفرعوا عليه فروعاً واهية هي أضعف من بيت العنكبوت لأنّ ذلك لمايفضي إلى المحال ، ولو دخل بها الزوج وله أقلّ من عشر سنين فولدت لم يلحق به لأنّه لم تجر العادة بإنزاله وإحباله كما لو ولدت لأقلّ من ستّة أشهر .

---

(١) الفقيه ج٤ص٣٤ ح٢وفيه «حماد بن زياد عن سليمان بن خالد ـ بعد ما دخلت عليه»، التهذيب ج١٠ ص٧٨ ح٦٦ وفيه «حماد عن زياد عن سليمان» ، الوسائل ج١٥ ص٦١٠ ب١٧ ح٤ .

(٢) التهذيب ج١٠ ص٧٨ ح٦٧ ، الوسائل ج١٥ ص٦١٠ ب١٧ ح٥ .

(٣) والصحيح «الفصل الثاني» .

ويظهر من الشيخ والفاضلين أنّ الامكان يحصل باستكمال عشر سنين، وربما قيل بالاكتفاء بالطعن فيها ولو ساعة واحدة، والأخبار والعادة لم تشهد بشيء من المذهبين. ثمّ إذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الامكان بسبب البلوغ فلا إشكال، وإن لم يثبت بالبلوغ مع إمكانه ثبت النسب دون البلوغ لأنّ النسب يثبت الاحتمال والامكان، والبلوغ لا يكفي فيه الاحتمال، فلا يصحّ ملاعنة في تلك الحال لو نفاه، لأنّ شرط الملاعنة الكمال بالبلوغ والعقل، لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام وكان رشيداً فله اللعان لأنّ ذلك ممّا يرجع إليه فيه ولا يعلم إلّا من قبله غالباً. ثمّ إن مات قبل البلوغ شرعاً لحقه الولد وورث منه وإن كان قد أنكره صغيراً، وإن بلغ فإنّ اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه، وإن أنكره عقيب البلوغ ولاعن انتفى عنه كغيره.

ولو وطأ الزوج دبراً فحملت الحق به في المشهور لأنّ الوطء في الدبر بمنزلة الوطء في القبل بالنسبة إلى كثير من أحكام الوطء لاطلاق الأدلّة ومنها إلحاق الولد، فإنّه وإن لم يكن مسلك مجرى المني الطبيعي إلى الرحم لكن لقربه منه يمكن استرسال المني في الفرج من غير شعور وإن كان نادراً، وظاهرهم الاتّفاق على هذا الحكم. وظاهر الأخبار النافيه لحبل الذكر بأنّ لهم أرحاماً منكوسة لأجل ذلك لا تحبل ممّا يدلّ على الاسترسال وإن وقع الوطء في دبر النساء، وظاهر الأصحاب الاتّفاق على هذا الحكم. وقد تنظّر في أصل الحكم جماعة منهم ثاني الشهيدين في المسالك ومنهم العلّامة في التحرير لكنّه خصّه بحالة العزل.

قال ثاني الشهيدين في مسالكه: وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء لأنّ ظاهره التعليل ما إذا وطأ دبراً وأنزل فحملت على وجه يمكن تولّده من ذلك الوطء فإنّه لا ينتفي عنه إلّا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضاً بمجرد ذلك لامكان استرسال المني إلى الفرج. وعلى هذا فلو وطأ دبراً ولم ينزل لم يلحق فيما بينه وبين الله تعالى ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلاً، ولكن يبقى فيه أنّهم

حكموا بأنّه لو وطأ في الفرج ولم ينزل ثمّ أتت بولد يمكن تولّده من ذلك الوطء لحق به، وعلّلوه بإمكان أن يسبقه المني ولا يشعر به، ويدلّ عليه ما تقدم في أحكام الأولاد من الأخبار الشاهدة للالحاق ولو عزل عنها معلّلاً بذلك التعليل. ففي كتاب قرب الأسناد عن أبي البختري (١) عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليه السلام « قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : إنّي كنت أعزل عن جاريتي فجاءت بولد، فقال صلى الله عليه وآله: الوكاء قد ينفلت، فألحق به الولد». و هذا الاحتمال و الخبر بإطلاقه يجري في الدبر أيضاً إلّا أنّه على بُعد لأنّ الماء المستنزل من غير شعور المنزل يكون قليلاً جداً لا يمكن عادةً استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولّد منه ، إلّا أنّ إلحاق الوطء في الدبر بالقبل يقتضي ذلك ، و التعليل المذكور مجرد توجيه للامكان وليس هو مستند الحكم . وبالجملة: فالاستبعاد قائم في الجميع والامكان مشترك فيهما وإن تفاوتت مراتبه .

فروع

الاول : لا يلحق ولد الخصيّ المجبوب و يلحق ولد الخصيّ و المجبوب ، ولا ينتفي ولد أحدهما إلّا باللعان تنزيلاً على الاحتمال وإن بعُد. وتحرير فروع هذه المسألة إنّ من لم يسلم ذكره وأنثياه إمّا أن يفقدهما جميعاً أو يفقد الذكر دون الانثيين أو بالعكس .

ففي الأول لا يلحق الولد به في الأشهر من المذهب و لا يحتاج إلى اللعان لأنّه لا ينزل ولم تجر العادة بأن يخلق الله من مثله وربما قيل بإلحاقه به لاطلاق أخبار الفراش ، وإنّ الولد له ولأنّ معدن الماء الصلب وإنّه ينتقل من ثقبه إلى الظاهر وهما باقيان .

و في الثاني يلحق به قطعاً لوجود أوعية المني و ما فيها من القوة المحيلة

(١) قرب الاسناد ص٦٥ ، الوسائل ج١٥ ص١١٣ ب١٥ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

للدم، والذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الايلاج وقديفرض وصول الماء بغير إيلاج كالمساحقة مع عدم وصول الهواء إلى الماء ، كما دلّت عليـه الأخبار الواردة في أنّ المرأة المجامعة لو ساحقت البكر فحبلت منه الحق الولد بصاحب الماء ، وسيجيء في الحدود ، و كذلك الخبر الدالّ على أنّ من أراق المني على ظاهر فرج المرأة من غير إيلاج و كانت بكراً فحملت الحق به الولد ولم يجزله نفيه، وهو مارواه في كتاب قرب الأسناد عن أبي البختري[1] عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام «أنّ رجلاً أتى علي بن أبي طالب عليه السلام فقال: إنّ امرأتي هذه حامل وهي جارية حدثة وهي عذراء وهي حامل في تسعة أشهر و لا أعلم إلّا خيراً وأنا شيخ كبير ما اقترعتها وإنّها لعلى حالها ، فقال له علي عليه السلام : نشدتك بالله هل كنت تهريق على فرجها ؟ قال: نعم ، فقال علي عليه السلام : إنّ لكلّ فرج ثقبين ثقب يدخل فيه ماء الرجل وثقب يخرج منه البول» وساق الحديث إلى أن قال: «وقد ألحقت بك ولدها، فشقّ عنها القوابل فجاءت بغلام فعاش» .

ومثلها ما في كتاب إرشاد المفيد [2] مرسلاً من طريق العامّة والخاصّة في القضيّة التي التبس على عثمان حكمها حيث إنّ امرأة نحكها شيخ كبير فحملت وزعم الشيخ أنّه لم يصل إليها وأنكر حملها ، فالتبس الأمر على عثمان وسأل المرأة هل افتضّك الشيخ؟ وكانت بكراً، فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحدّ عليها،فقال أمير المؤمنين عليه السلام : إنّ للمرأة سمّين سمّ البول وسمّ المحيض،فلعلّ الشيخ كان ينال منها فسال ماؤه في سمّ الحيض فحملت منه ، فسألوا الرجل عن ذلك فقال : قد كنت انزل الماء في قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: الحمل له والولد ولده، وأراد عقوبته على الانكار له فصار عثمان إلى قضائه.

وفي الثالث يلحق أيضاً على ما اختاره الشيخ والمحقّق من غير تردد لأنّ

(١) قرب الاسناد ص٦٩، الوسائل ج١٥ص١١٤ ب١٦ ح١وليس فيهما «قال :نعم».
(٢) الارشاد ص١١٢ ، الوسائل ج١٥ ص١١٤ ب١٦ ح٢ .

آلة الجماع باقية وقد يبالغ في الايلاج ويلتذّ وينزل ماءً رقيقاً ، ومدار الحكم على الوطء ــ وهو السبب الظاهر ــ أولى من إرادته على الانزال الخفي ولأنّه سبب الفراش، وقيل لا يلحق هنا لأنّ التولّد موقوف على تولّد المني ومحلّه الخصيتان وهذا هو الغالب لكن لا ينفي الأول وإن بعُد .

الثاني : إذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلّا أن يؤخّر بماجرت به العادة كالسعي إلى الحاكم ، ولو قيل له إنكاره مالم يعترف به كان حسناً ، ولو أمسك عن نفي الحمل حتّى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين لاحتمال أن يكون التوقّف لتردده بين أن يكون حملاً أو ريحاً ، وإذا أتت امرأته بولد فإن أقرّ بنسبه لم يكن له النفي بعد ذلك لأنّ للمولود حقّاً في النسب وقد التزم تلك الحقوق ، ولا يجوز إنكاره بعده لأنّه حقّ آدمي، ثمّ الاقرار قد يكون صريحاً وهو ظاهر وقد يكون فحوى مثل أن يهنى به فيقال له : بارك الله لك في مولودك ، أو : متّعك الله به، أو : جعله لك ولداً صالحاً، فيقول : آمين ، أو : استجاب الله دعاءك.

ففي رواية السكوني [1] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « قال : إذا أقرّ الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه أبداً و إنّ لم يقرّ بنسبه و أراد نفيه » .

ففي كونه على الفور والتراخي قولان (أحدهما) وهو المشهور أنّ حقّ النفي على الفور لأنّه خيار يثبت لدفع ضرر التحقيق فيكون على الفور كالردّ بالعيب ، ولأنّ الولد إذا كان منفيّاً وجب إظهار نفيه حذراً من استلحاق من ليس منه ، وقد يعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالموت فجأة فيفوت التدارك وتختلط الأنساب .

(والقول الثاني) للمحقّق في الشرايع أنّه لا يشترط وقوعه على الفور لأصالة

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٣ ح ٦٣ ، الوسائل ج١٥ ص٢١٤ ب١٠٢ ح١ .

عدم الاشتراط ولوجود المقتضي للّعان وهو نفي الولد وانتفاء المانع إذ ليس إلّا السكوت ، وذلك أعمّ من كونه إقراراً فلايدلّ عليه ، ولأنّ أمر النسب خطير ، و قد ورد الوعيد في نفي من هو منه و في استلحاق من ليس منه ، و قد يحتاج إلى نظر وتأمّل فتجب له المهلة. وهذا أقوى. وظاهر المحقّق عدم تحديدالامهال بمدة وعليه فلا يسقط إلّا بالاعتراف به أو بالاسقاط . وإذا قلنا بفوريّته فأخّره بلاعذر سقط عذره ولزمه الولد ، وإن كان معذوراً لعدمالحاكم أولتعذرالوصول إليه أو ببلوغ الخبر ليلاً فأخّر حتّى يصبح أوحضرت الصلاة فقدمها أو احتاج لاحراز ماله أولاً أوكان ذا جوع أو عارياً فأكل أولبس أولاً أوكان محبوساً أو مريضاً لم يبطل حقّه ، وهل يجب عليه الاشهاد على النفي ؟ وجهان ، وقد سبق له نظائره كثيرة ، ولو أمكن المريض أن يرسل إلى الحاكم أو يعلمه بالحال أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائباً من عنده فلم يفعل بطل حقّه لأنّ مثل هذا متيسّر له و مثله ملازم غريمه ومن يلزمه غريمه .

أمّا الغائب عن بلد التولّد فإن كان في الموضع الذي غاب إليه قاضٍ ونفى الولد عند وصول خبره إليه عند وصول المطلوب ولوأراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففي جوازه وجهان: من منافاتالفوريّة اختياراًومن أنّ للتأخيرغرضاًظاهراً وهو الانتقال منها بإظهار خبرها في بلدها و عند قومها ، وحينئذٍ فإن لم يمكن المسير في الحال لعدم أمن الطريق ونحوه فينبغي أن يشهد على ذلك ، وإن أمكنه فليأخذ في السفر وعند التأخير يبطل حقّه ، فإن لم يكن هناك قاضٍ فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه .

ومن الأعذار المسوغة لذلك التأخير عند معتبري الفوريّة مالو ظهر حمل ، فإنّه ممّا يجوز له معه أنّ يؤخّر نفيه إلى الوضع فإنّ متوهّم الحمل ممّا كونه ريحاً فيفسدفله أن يصبر إلى أن ينفصل الحمل وحينئذٍ فله النفي. و إن قال : عرفت أنّه ولد ولكن أخّرته طمعاً في أن تجهض وتسقط فلا أحتاج إلى كشف الأمر

ورفع الستر عنها ففيه وجهان ، والأقوى جواز التأخير .

ومن الأعذار ما لو أخّر وقال : إنّي لم أعلم بولادتها وكان ذلك بحيث يمكن توجّه تلك الدعوى على حقّه وذلك ممّا يختلف باختلاف المحالّ قرباً وبعداً. ومثله ما لو قال : لم اصدق المخبر حيث إنّ مخبره فاسق أو صبي فيصدق بيمينه في هذا العذر ، وإن أخبره عدلان لم يعذر فإنّهما مصدقان شرعاً، ولو أخبره من تقبل شهادته وانثى ففيه وجهان :

(أحدهما) أنّه يصدق ويعذر لأنّه أخبره بمن لا يثبت بشهادته الحق .

(والثاني) أنّه لا يصدق ويسقط حقّه لأنّ روايته مقبولة، وسبيل هذا الخبر سبيل المخبر لا سبيل الشهادة . ولو قال : عرفت الولادة ولم أكن أعلم أنّ لي حقّ النفي فإن كان ممّن لا يخفى عليه ذلك عادةً لم يقبل، وإن أمكن بأن كان حديث العهد بالاسلام أو ناشئاً في البوادي البعيدة عن أهل الشرع قيل : و إن كان من العوام الناشئين من بلاد الاسلام فوجهان أجودهما القول بيمينه مع إمكان صدقه .

الثالث :إذا طلّق الرجل امرأته وأنكر الدخول فادعته وادعت أنّها حامل منه فإن أقامت بيّنة أنّه أرخى ستراً لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر ،وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ولا لعان عليه وعليها مائة سوط وفاقاً للشيخ في النهاية ، وخالف في المبسوط ونفى إثبات الدخول بالخلوة ولا يتوجّه عليه الحدّ لأنّه لم يقذف ولا أنكر ولداً يلزمه الاقرار به . واختار هذا القول ابن إدريس والمحقّق والعلاّمة .

ومستند القول الأول صحيحة علي بن جعفر وخبره [1] كما في كتاب التهذيب

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٣ ح ٣٦ و فيه «قال : ان قامت» ، بحار الانوار ج ١٠ ص٢٦٢ وفيه « فادعت أنها حامل منه ما حالها؟» ، قرب الاسناد ص١١٠ وفيه « فادعت أنها حامل ما حالها ؟ قال : اذا قامت البينة»، الوسائل ج١٥ ص٥٩٠ ب٢ ح١ وفيه « فقال : ان قامت» .

والمسائل وقرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام « قال: سألته عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنّها حامل، فإن أقامت البيّنة على أنّه أرخى ستراً ثمّ أنكر الولد لاعنها ثمّ بانت منه وعليه المهر كملاً » وهي كما ترى قددلّت على أنّه بتقدير إقامة البيّنة بإرخاء الستر يلزمه ثلاثة أشياء: اللعان والتحريم ووجوب المهر عملاً بظاهر الصحيح عند الخلوة بالحليلة، ولامانع من الوطء فيثبت المهر واللعان تقديماً للظاهر على الأصل مع أنّ الخلوة وإرخاء الستر قد أثبت جماعة بها حكم الدخول والوطء، وحينئذٍ فيترتّب على اللعان التحريم، فأمّا على تقدير عدم إرخاء الستر فأثبت به الشيخ ثلاثة أحكام ووجوب نصف المهر و بقي اللعان وهما لازمان لعدم الدخول و وجوب الحدّ عليها كملاً. وهذا لايظهر من صريح الرواية ولامن ظاهرها، ومن هنا قال المحقّق: لم نظفر بمستنده. فلو علّل باعترافها بالوطء والحمل وعدم ثبوت السبب المحلّل الذي ادعته لم يجد نفعاً في ذلك لأنّ هذا لايستلزم كونه عن زنا لأنّه أعمّ، ولايلزم من انتفاء السبب الخاصّ المحلّل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدعه.

واحتجّ أهل القول الثاني بأنّ فائدة اللعان من الزوج إمّا نفي الولد الذي يحكم بلحوقه شرعاً و هو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشاً و لم يحصل، وإمّا لنفي حدّ القذف عنه ولم يقذف، وإمّا لاثبات حدّ على المرأة وهو هنا منتفٍ بالشبهة ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصّة لما تقدم من أنّ الخلوة لا توجب المهر كملاً في الأصح كما هو المشهور في الفتوى والأخبار، وهذا وإن كان متوجّهاً نظراً إلى القواعد الكلّيّة في هذه الأحكام كلّها إلّا أنّ الرواية صحيحة متكررة في الأصول المعتبرة، فردها مطلقاً مشكل بل ينبغي أن يقيّد بها تلك الأخبار العامّة وتخصّص بها تلك الكلّيّات لوجوب تقديم الخاصّ على العام.

الرابع: إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين للّعان فيثبت عليه الحدّ للقذف وله إسقاطه باللعان، أمّا الولد فلاينتفي بدونه

لأنّ زنا الزوجة لايوجب نفي الولد عن الفراش ، فإن لاعن عنهما سقط الحدّ وانتفى الولد ، وإن لاعن لأحدهما خاصّة ترتّب عليه حكمه وبقي ملزوماً بحكم الآخر . وإن أقام بيّنة بزناها سقط عنه حدّ القذف لسقوط إحصانها ويعزر للايذاء بتجديد الفاحشة ، وهل له إسقاطه باللعان ؟ فيه وجهان بل قولان :

(أحدهما) ثبوت الملاعنة دفعاً للعقوبة ولقطع النكاح ورفع العار .

(و الثاني) المنع ، و هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط لأنّ اللعان لاظهار الصدق وإثبات الزنا، والصدق ظاهر والزنا ثابت فلا معنى للّعان، وهذا الذي دلّت عليه الأخبار السابقة و تقدم تحقيقه وهو المنطبق عليه ظاهر الآية، و أيضاً فإنّ التعزير هنا للسبّ والايذاء، فأشبه قذف الصغيرة التي لايوطأ مثلها، ومثله ما لو ثبت زناها بإقرارها ، و الأجود هنا عدم اللعان أيضاً فيعزر و يلاعن لنفي الولد ، و كذا لو طلّقها بائناً فأتت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلّا باللعان ، فإنّ ولد المطلّقة كغير المطلّقة متى أمكن كونه منه لحق به لكونها فراشاً له وإن زال الآن إلّا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه ، فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المطلّق ولم يكن تزوجت أو تزوجت ولم يمض لها أقلّ الحمل من وطء الثاني الحق بالأول ولم ينتف عنه إلّا باللعان، كما لو نفاه في وقت النكاح ولايقدح فيه زوال الزوجيّة إذ لاطريق إلى نفي الولد اللاحق به ظاهراً بدون اللعان بخلاف مالو قذفها بعد البينونة فإنّه يحدّ ولا لعان عملاً بظاهر قوله تعالى « و الذين يرمون أزواجهم» وهي الآن ليست بزوجة خلافاً لبعض العامّة، وقد تقدمت جملة من الأخبار في أحكام الأولاد .

ففي رواية أبان بن تغلب [1] « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل تزوج امرأة فلم تلبث بعدما اهديت إليه إلّا أربعة أشهر حتّى ولدت جارية فأنكر ولدها

(١) الفقيه ج٣ص٣٠١ ح٢٧، التهذيب ج٨ص١٦٧ ح٤، الوسائل ج١٥ص١١٧ ب١٧ ح١٠ .

وزعمت أنّها حبلت منه، قال : لا يقبل ذلك منها، وإن ترافعا إلى السلطان تلاعنا».

وفي موثّقة أبي العبّاس [١] «قال : إذا جاءت بولد لستّة أشهر فهو للأخير، وإن كان أقلّ من ستّة أشهر فهو للأول » .

ومرسلة جميل [٢] عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام « في المرأة تتزوج في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعتدّ عدة واحدة منهما، فإن جاءت بولد لستّة أشهر أو أكثر فهو للأخير ، فإن جاءت بولد لأقلّ من ستّة أشهر فهو للأول » .

ومثلها صحيحته [٣] المرويّة في من لا يحضره الفقيه ، والأخبار بهذا الحكم مستفيضة جداً .

الخامس : لو ولدت المرأة توأمين من زوج واحد فأقرّ بأحدهما و نفى الآخر لم يسمع نفيه بل يلزمه الاقرار بهما معاً، فلا ملاعنة بينهما في هذا الانكار.

ويدلّ عليه من الأخبار خبر أبي البختري [٤] كما في كتاب قرب الأسناد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « أنّه رفع إلى علي عليه السلام امرأة ولدت جارية وغلاماً في بطن وكان زوجها غائباً فأراد أن يقرّ بواحد وينفي الآخر ، فقال : ليس ذلك له ، إمّا أن يقرّ بهما جميعاً وإمّا أن ينفيهما جميعاً » .

وحيث ينكرهما جميعاً ثبتت الملاعنة ولم يحتج إلى اللعان إلى أكثر من لعان واحد، وكذا لو نفى أولاداً متعددين في الولادة دفعة واحدة فليس عليه سوى لعان واحد ، نعم لو نفاهم متفرقين كان عليه لكلّ واحد لعان .

السادس : لو قال الزوج: لم تزن امرأتي هذه وهذا الولد ليس منّي فلا حدّ

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٦٧ ح٧ ، الوسائل ج١٥ ص١١٧ ب١٧ ح١٢
(٢) التهذيب ج٨ ص١٦٨ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص١١٧ ب١٧ ح١٣ .
(٣) الفقيه ج٣ ص٣٠١ ح٢٤ .
(٤) قرب الاسناد ص٧١ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٢ ب٧ ح١ و فيهما « أمر امرأة » وكذلك « واما أن ينكرهما» .

فلا لعان للقذف لأنّه لم يقذفها و وجب اللعان لنفي الولد ، ولو قال : هذا الولد من زنا أو: زنت فأتت بهذا الولد منه وجب الحدّ للقذف وثبت اللعان له وللنفي ويكفي لهما لعان واحد ، ولو قال: ما ولدتيه وإنّما التقطتيه أو استعرتيه فقالت: بل هو ولدي منك لم يضرب الحدّ ولم يحكم عليه ـ أي الولد ـ بالولادة إلّا بالبيّنة لامكان إقامتها على الولادة ، و الأصل عدمها فهي المدعية فكانت عليها البيّنة ، و يقبل فيها شهادة النساء منفردات و منضمّات لأنّه أمر لم تطّلع عليه الرجال غالباً، فإن لم يكن لها بيّنة حلف وانتفى عنه النسب بغير لعان إذ لم تثبت الولادة على فراشه، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الولادة على الفراش و لحقه إلّا أن ينفيه باللعان ، و إن نكلت احتملت الوقوف إلى أن يبلغ الولد ، فإنّ هذا اليمين تعلّق به حقّها و حقّ الولد جميعاً ، فإذا بلغ فإن انتسب وحلف لحق به إلّا أن ينفيه باللعان واحتمل عدم الوقوف لأنّها حقّها، فإذا نكلت سقطت فلا يثبت بعد .

المقصد الثالث[1]: فى أركانه

وفيه ثلاثة فصول :

الاول فى الملاعن :

ويشترط فيه البلوغ والعقل لعدم الاعتداد بعبارة غيرهما ، ولأنّ اللعان إمّا أيمان أو شهادات ، ولا يصحّ شيء منهما من غيرهما ، و لصراحة الأخبار الواردة في تفسير الآية و في أحكام اللعان أجمع لتعليق الحكم فيها على الرجل و المرأة ، ولايجاب الحدّ عليه بهذا القذف لو لم يلاعن، ولا يجب إلّا بالبلوغ والعقل أمّا باعتبار الولد فالأمر واضح لتنافي الولادة من غير البالغ لأنّه لايتخلّق إلّا من منيّه وهو شاهد بالبلوغ ، و لاتشترط العدالة و لا الحريّة ولا انتفاء الحدّ من قذف أوغيره

(١) والصحيح « المقصد الثانى ».

عنه لعموم النصوص، وكون اللعان أيمان عندنا وهي تصحّ من الكلّ خلافاً لبعض العامّة بناءً على كون اللعان شهادات فيعتبر في الملاعن ما يعتبر في الشاهد، وخصّ الحدّ عن كونه عن قذف للنصّ على عدم قبول شهادته في الآية وبخصوص المملوك أخبار كثيرة مثل :

صحيحة جميل بن درّاج (١) كما في التهذيب والكافي عن الصادق عليه السلام « قال: سألته عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحرة وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة » .

و صحيحة محمّد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام « أنّه سئل عن عبد قذف امرأته، قال : يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار » .

وصحيحة الحلبي (٣) كما في التهذيب والكافي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث « قال : سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها و هو مملوك، قال : يلاعنها، وعن الحرّ تحته أمة فيقذفها، قال : يلاعنها » .

وصحيحة منصور بن حازم (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قلت له في عبد قذف امرأته وهي حرة، فقال : يتلاعان، فقلت: أبمنزلة الحرّ سواء؟ قال: نعم».

ومرسلته (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قلت له : مملوك كان تحته حرة فقذفها، فقال : ما يقول فيها أهل الكوفة؟ قلت : يقولون يجلد، قال : لا، ولكن يلاعنها».

---

(١) الكافي ج٦ص١٦٤ ح٧، التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١١، الوسائل ج١٥ص٥٩٦ ب٥ ح٢ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٤، التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١٠ .

(٣) الكافي ج٦ص١٦٤ ح٦ ، التهذيب ج٨ ص١٨٧ ح٩، الوسائل ج١٥ ص٥٩٥ ب٥ ح١ .

(٤) التهذيب ج١٠ ص٧٨ ح٦٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح٧ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٥ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح٩ و فيهما «كما يلاعن الحرة» .

وصحيحة هشام بن سالم[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها و هو مملوك ، و الحرّ يكون تحته المملوكة فيقذفها ، قال : يلاعنها» .

وظاهر الأصحاب الاطباق على نفي اشتراط الحريّة ، وربما يفهم من النافع وجود قائل باعتبار الحريّة. ويظهر من الشرايع وجود الرواية بذلك، ولعلّه إشارة إلى ما رواه السكوني[٢] عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «أنّ علياً عليه السلام قال : ليس بين خمس من النساء وأزواجهنّ ملاعنة : اليهوديّة تكون تحت المسلم فيقذفها والنصرانيّة والأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها ، والحرة تكون تحت العبد فيقذفها ، والمجلود في الفرية لأنّ الله تعالى يقول «ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً» [٣] والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان باللسان» .

وفي الخصال عن سليمان بن جعفر البصري[٤] عن جعفر بن محمّد عن آبائه عليهم السلام مثله .

وفي قرب الأسناد عن الحسين بن علوان[٥] عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال : أربع ليس بينهنّ لعان : ليس بين الحرّ والمملوكة ، ولا بين الحرة والمملوك ، ولا بين المسلم واليهوديّة ، ولا النصرانيّة» .

والعجب من ثاني الشهيدين في المسالك حيث أنكر رواية المنع في المملوك والحرة، وقال أيضاً: ولا به قائل معلوم. والظاهر أنّه أراد به ما في النافع حيث إنّ

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٩ ح١٦ وفيه «تحته الامة»، الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح١٠.

(٢) التهذيب ج٨ ص١٩٧ ح٥٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٢ وفيهما «لعان انما اللعان باللسان».

(٣) سورة النور ـ آية ٤ .

(٤) الخصال ج١ ص٣٠٤ ح٨٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح ١٢ و فيهما اختلاف يسير .

(٥) قرب الاسناد ص٤٢، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٣ وفيهما اختلاف يسير.

ظاهره وجود القائل إلّا أنّه غير معلوم. ولايشترط الاسلام فيه في المشهور للأصل والعموم، ويكون اللعان أيماناً فيقبل لعان الكافر ويترتّب عليه أثره، خلافاً لأبي علي الاسكافي فاشترطه بناءً على كون اللعان شهادات ولاتقبل شهادةالكافرة وقدعرفت الجواب عن ذلك، وظاهر عبارة الشرايع أنّ في لعان الكافرة روايتين بالجواب والمنع.

قال شهيد المسالك في شرحه لهذا الكلام: ولم نقف عليهما بالخصوص، وربماحمله بعضهم على أنّ الروايتين في لعان الكافر مطلّقاً الشامل للرجل والمرأة، فإنّ الروايات المختلفة إنّماوردت في لعان الكافرة - ثمّ قال: -«وفيه أنّ البحث هنافي الملاعن دون الملاعنة، وسيأتي البحث بخصوصها وفي شرائطها، ويمكن أن تجعل الأخبار الدالّة على صحّة لعان الكافرة وعدمه دالّاً على مثله في الزوج الكافر من حيث وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما، ويتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذمّيّين فترافعا إلينا ويمكن فرضه الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعاً فأنكره» فالحقّ قبول لعان الكافر لزوجته المسلمة والكافرة.

وأمّا الأخبار الآتية في شرائط الملاعنة المانعة من لعان المسلم للكافرة كما تضمّنه خبر السكوني وخبر الخصال وخبر قرب الأسناد وسيأتي أيضاً خبر الجعفريّات فسبيلها التقيّة لأنّه مذهب أولئك العامّة، ولهذا اشتملت على العبد والحرة وعلى المجلود في الفرية والتعليل بعدم قبول الشهادة وذلك أمارة التقيّة. وأمّا الخرس فليس بمانع من لعان الزوج وإن منع من لعان الخرساء كما سيجيء وتقدم فإن عقلت إشارته قبل لعانه بالاشارة في المشهور كما يصحّ منه الاقرار والعقود والايقاعات لعموم النصوص من الكتاب والسنّة ولأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة وكلاهما من الأخرس مقبول كالصحيح، وقد حكى في الخلاف عليه الاجماع والوفاق، وتوقّف فيه ابن إدريس والعلّامة في التحرير والمختلف، وقد أسنده

في الخلاف أيضاً إلى الأخبار ولعلّه أراد بها العمومات .

قال ابن إدريس [1] : لاأقدم على أنّ الأخرس المذكور يصحّ لعانه لأنّ أحداً من أصحابنا غير من ذكرناه ـ وعبّر به الشيخ في المبسوط و الخلاف حيث أجازه ـ لم يورد في كتابه ولاوقفت على خبر بذلك ولاجماع عليه ، والقائل بهذا غير معلوم للمتمسّك بالآية بعيد لأنّه لاخلاف في أنّه غير قاذف ولارام على الحقيقة ، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر والأصل براءة الذمّة ، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي ، وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوّزه له وجب عليه الحد، والرسول ﷺ قال: ادرأوا الحدود بالشبهات ومن المعلوم أنّ في أيمانه وإشاراته بالقذف شبهة ، فإن أراد به القذف أو غيره وهو غير معلوم يقيناً بلاخلاف ـ ثمّ قال : ـ فإن قلنا يصحّ منه اللعان كان قويّاً معتمداً لأنّه يصحّ منه الاقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام .

وهذا الكلام كما ترى ينادي باضطرابه في الفتوى وتردده فيها . ومن ثمّ قال المحقّق : وربما توقّف فيه شاذّ منّا . وقد أجاب عنه المحقّق بأنّ إشارته مقبولة فيما هو أقوى من اللعان كالاقرار بالقتل وغيره إجماعاً فيكون في اللعان كذلك ، على أنّ فرض المسألة فيما إذا كانت إشارته مفهمة للمطلوب وإلّا لسلّمنا عدم صحّته، وحينئذ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة خلاف الغرض، ودعوى الاتّفاق على أنّه غير قاذف ولارام فاسدة، إذ القذف مرجعه إلى الرمي ، فإنّ معناه لغةً الرمي و هو غير مختصّ بلفظ ، بل بما دلّ على الرمي بالزنا في معرض التعبير .

نعم يمكن أن يفرق بين الاقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس وبين اللعان من حيث إنّه يتعين التأدية بلفظ الشهادة والغضب ، واللعن وإشارته لاتفي بتفصيل الصيغ ولاترشد إليه وإن أدت معناها، وإنّهما يتوجّه أن يصحّ منه

(١) السرائر ص ٣٣١ .

ما لا يختص بصيغة و لا يمتنع إقامة الاشارة منه مقام العبارة المؤدية له دون ما يختص. أمّا النكاح والبيع و نحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصّة فحقّها المشاركة للعان في المنع إلّا أنّه لمّا كان المقصود منها ما دلّ على المطلوب صريحاً إذ لا نصّ على الاختصاص. فإذا أفادت إشارته ذلك كفت. ويمكن الجواب أيضاً بأنّه قد ثبت عن الشارع والاكتفاء بإشارته فيما علم اختصاصه بصيغة خاصّة كتكبيرة الاحرام في الصلاة وقراءة الحمد فيها ونحوهما من الأذكار المعيّنة فليكن هنا كذلك لأنّ الفرق بين الأمرين لا يخلو من إشكال، فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب وإن كان الشكّ فيه منقدحاً.

ويمكن الاستدلال للمانعين المترددين بما اشتملت عليه الروايات الثلاث التي مرّ ذكرها من التهذيب عن السكوني ومن الخصال ومن قرب الأسناد بل ومن الجعفريّات أيضاً من تعليل نفي اللعان عن الخرساء بينها وبين زوجها من أنّ اللعان باللسان، و بما روي في بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام كما في شرح القواعد للفاضل الهندي أنّه قال: الخرساء والأخرس ليس بينهما لعان لأنّ اللعان لا يكون إلّا باللسان. لكن يمكن تخصيص التعليل بالخرساء أو بهما معاً عند اجتماعهما فلا يمنع من ملاعنة الأخرس الصحيحة عند إفهامه، وعلى كلّ تقدير فلا خلاف في نفي لعانه إذا لم تكن إشارة مفهمة.

واعلم أنّه كما يمكن وقوع القذف واللعان معاً من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحاً ثمّ يعرض له الخرس قبل اللعان، ومعه يزول الاشكال الذى وجّهه ابن إدريس من عدم تحقّق القذف والرمي منه، ويبقى الكلام في اللعان خاصّة وهو منحصر فى الشهادة أو اليمين كما عرفت، و كلاهما يقعان من الأخرس، ولو كان يحسن الكتابة فهي من جملة إشاراته بل ربما كانت أوضح، فإذا لاعن بالكتابة و أشار بما يدلّ على قصدها كان أكمل، و ليكتب حينئذٍ كلمة الشهادة و كلمة اللعن و الغضب و يشير إليهما أربع مرات و لا يكلّف أن يكتب أربع

مرات ، ولو قذف ولاعن بالاشارة ثمّ عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بإشارتي قبل قوله فيما عليه حتّى يلحقه النسب ويلزمه الحدّ ، ولا يقبل فيما له حتّى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبّد ، وله أن يلاعن في الحال لاسقاط الحدّ ولنفي النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حدّ النفي . ولو قال : لم أرد القذف أصلاً لم يقبل قوله لأنّ إشارته أثبت القذف لافهامها ذلك و هو حقّ لغيره ، ولو انقطع كلام الصحيح بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس لعانه بالاشارة وإن لم يحصل اليأس من نطقه لأنّه فوريّ والأصل البراءة من التربّص إلى البرء ، وللعامّة قول بالتربّص إن رجيء البرء ، وهاهنا فروع :

الاول : لابدّ من الزوجيّة في الملاعن ، فلا يقبل لعان الأجنبي بل يجب عليه حدّ القذف إن لم يأت بالبيّنة وإن كان ذا قرابة ورحم لصيق .

ويدلّ عليه خبر محمّد بن سليمان[1] المتقدم عن أبي جعفر الثاني عليه السلام حيث قال «قلت له: كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله وإذا قذفها غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحدّ أو اقيم البيّنة على ما قال ؟ فقال : قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن ذلك فقال : إنّ الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال له إنّه لم يره قيل له أقم البيّنة على ما قلت وإلّا كان بمنزلة غيره، وذلك لأنّ الله عزّ وجلّ جعل للزوج مدخلاً لم يدخله غيره لا والد ولا ولد بالليل والنهار فجاز له أن يقول رأيت ولو قال غيره رأيت قيل له ما أدخلك هذا المدخل الذي ترى فيه هذا وحدك ؟ أنت متّهم ولا بدّ أن يقام عليك الحدّ الذي أوجبه الله عليك» .

ومثلها رواية محمّد بن أسلم الجبلي[2] وقد تقدمت أيضاً ، وخبر أبي الهيثم

(١) الفقيه ج٣ص٣٤٨ ح٨ ، الوسائل ج١٥ص٥٩٤ب٤ ح٥ .

(٢) علل الشرايع ص٥٤٥ب٣٣٦ح١ ، الوسائل ج١٥ص٥٩٤ ب٤ح٦ .

الفارسي [١] كما تقدم، وخبر الحسين بن سيف [٢] كما في الكافي .

ولو أدعى عليه الولد المشبهة فأنكره انتفى عنه ولم يثبت اللعان وإن اعترف بالوطء لأنّه نفى ولد من غير الزوجة ، أمّا لو اعترف بالوطء ونفى وطء غيره واستدخال المني من غيره سقط اللعان والحق به و إن كان إنكاره لغواً .

الثاني : لو قذف الطفل زوجته فلا حدّ ولالعان وكذا المجنون لرفع القلم عنهما حتّى يبلغ ويفيق . وفي الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام «لالعان بين الصبيّين حتّى يدركا وإن أدركا لم يتلاعنا فيما رمى امرأته وهما صغيران» ولو أتت امرأة لمجنون بولد لحق به نسبه ، ولاسبيل إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل كان له نفيه حينئذٍ واستلحاقه ، ولو ادعى أنّ القذف كان حال جنونه صدق إن عرف منه ذلك مع يمينه لأصالة البراءة ، وادرأوا الحدّ بالشبهات ، وإلّا فلا ، فالقول قول المقذوفة مع يمينها لأنّ الظاهر معها .

الثالث : لو ارتدّ الزوج فلاعن ثمّ عاد إلى الاسلام في العدة عرف صحّته بظهور بقاء الزوجيّة ، وإن أصرّ على الكفر ظهر بطلانه لظهور البينونة فلاتحرم عليه إن رجع إلى الاسلام ، ولو ظنّ صحّة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحدّ باللعان الفاسد على إشكال لفساد اللعان وظهور الأجنبيّة ومن الحكم بالسقوط حين لاعن، و لعلّه يكفي في درء الحد ، و كذا لايندفع عن المرتدّ المصرّ الملاعن في ارتداده على إشكال من جهة أنّها في العدة كالمطلّقة الرجعيّة لتمكّن الزوج إلى الاسلام ومن أنّها كالبائن لكشف الاصرار عن البينونة بالارتداد فتكون كالأجنبيّة في تلك الحال .

الفصل الثانى فى الملاعنة :

ويعتبر فيها البلوغ و كمال العقل والسلامة من الصمم و الخرس. أمّا الأولان

---

(١) المحاسن ص٣٠٢ ح١١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٦ .

(٢) الكافى ج٧ ص٤٠٣ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب ٤ ح ٦ .

فللأخبار التى قد سمعتها في الملاعن، وأنّ متعلّق اللعان فيهما الرجل والمرأةوهما لايكونان إلّا بالغين عاقلين لالزامهما في الأيمان والشهادات ودرء الحد، ولايكلّف بذلك إلّا البالغ العاقل .

و أمّا السلامة من الصمم و الخرس فالأخبار بهما مستفيضة ، وقدتقدم كثير منها في النكاح فيما لوحرم على التأبيد مثل صحيح أبي بصير [١] «قال : سئل أبو عبدالله عليه‌السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء أو صمّاء ، قال : إن كان لها بيّنة تشهد عند الامام جلد الحدّ وفرق بينه و بينها ولاتحلّ له أبداً ، وإن لم تكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها و لاإثم عليهامنه» . كذا في كتاب النكاح من التهذيب ، و في كتاب اللعان منه من الكافي « و هي خرساء صمّاء » بحذف لفظة « أو » فالخبر واحد متناً و سنداً ، فالظاهر زيادة لفظة « أو » في كتاب النكاح، وحينئذ لايكون لنا خبر يدلّ على نفي اللعان إذا كانت صمّاء خاصّة إلّا أن يفهم من قوله عليه‌السلام «لاتسمع ماقال » أو يكون انعقد الاجماع على عدم الفرق بين الخرس والصمم وللفقيه الواحد في الكتاب الواحد اضطراب في هذا الحكم ، ففي النكاح ربما اكتفى بأحدهما في التحريم المؤبّد ونفي الملاعنة ، وفي اللعان اعتبر اجتماعهما و ربما كان العكس ، وكلّ ذلك من اضطراب خبر أبي بصير في ذلك التعبير .

ومن هنا قال شهيد المسالك في اللعان عند شرحه لعبارة الشرايع حيث اشترط السلامة من الصمم والخرس : مقتضى العبارة أنّ السلامة منهما معاً شرط في صحّة لعانها مطلقاً ، فلو كانت متّصفة بأحدهما صحّ لعانها لأنّ الشرط وهو السلامة منهما حاصل ، وقد تقدم في باب التحريم المؤبّد من النكاح أنّ أحدهما كاف في تحريمهما مع القذف ، ففي الفتوى اختلاف في الموضعين مع إمكان تكلّف

(١) الكافى ج٦ ص١٦٦ ح١٨ ، التهذيب ج ٨ ص١٩٣ ح٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص٦٠٣ ب٨ ح٢ وما فى المصادر اختلاف يسير .

الجمع بينهما بحمل هذه على تلك، و قد تقدم المختار في ذلك .

ثمّ قال: ومقتضى هذه العبارة أيضاً لا يصحّ لعانها للقذف ولا لنفي الولد لأنّه جعل السلامة منهما معاً شرطاً في صحّة لعانها مطلقاً الشامل لذلك، وقد تقدم جعل قذفها موجباً لغير تحريمها بلا لعان، فنفي الولد غير داخل فيه لأنّ اللعان سببين كما تقدم القذف ونفي الولد وأحدهما غير الآخر وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنا ونفي ولدها، وقد ينفرد كلّ منهما عن الآخر بأن يقذفها بالزنا ويعترف بولدها، أو ينفي ولدها ويبرئها من الزنا بأن يجعله ولد شبهة أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن، والموجود في النصوص تحريمها بمجرد القذف بدون اللعان وأنّه يحدّ للقذف، ثمّ ذكر صحيحة أبي بصير المتقدمة .

ثمّ قال: والوجه اختصاص الحكم بالقذف وقوفاً فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق ولعموم الآية الشامل للزوجة مطلقاً خرج منه المقذوفة فيبقى الباقي ولأنّه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان، فإن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهراً بمجرد النفي وهو باطل بالاجماع، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج و الضرر به المنفيّان شرعاً آيةً و رواية .

نعم في رواية إسماعيل بن أبي زياد السكوني (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّ عليّاً عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهنّ ملاعنة ـ وعدّ منها الخرساء، وقال: ـ إنّما اللعان باللسان » وهو يقتضي نفي اللعان للأخرس، لكنّها قاصرة من إفادة المطلوب لضعف سندها فلا يقاوم بعموم ما ثبت بالآية والرواية بل الاجماع، وإنّما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محلّ الوفاق، وأيضاً فإنّه أومى إلى العلّة بكون اللعان إنّما يكون باللسان المقتضية لنفي لعان الأخرس بالاشارة وقد مرّ ما يدلّ على خلافه، وحينئذ يلاعنها لنفيه بالاشارة كما مرّ في الأخرس

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٧ ح٥٢، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٢ .

ويحدّ للقذف إن لم يقم عليها البيّنة وتحرم بغير لعان عليه مؤبّداً، وإن أقام بيّنة سقط الحدّ وحرمت عليه أيضاً كما دلّت عليه الرواية السابقة.

وربما قيل إنّها لا تحرم لعدم قذفها بما يوجب اللعان، ويثبت عليها الحدّ بالبيّنة ولا ينتفي عنها بلعانها، والرواية تنافي ذلك وهي معتبرة الأسناد، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر، وعبارات الأصحاب في باب التحريم مصرحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان للآية المذكورة، فيخرج منها ما لو أقام البيّنة وما لو لم يدع المشاهدة، وإطلاق هذه الرواية وغيرها يتناول الجميع، والأولى الرجوع في كلّ موضع يحصل منه الاشتباه إلى الحكم العام. انتهى كلامه رفع في أعلا علّيّين مقامه، وإنّما نقلناه بطوله لكثرة فوائده ومحصوله.

لكن بقي هنا شيء وهو أنّه لم يتعرض لسوى رواية السكوني وهي ليست منفردة بذلك، لأنّك قد سمعت أنّ المعاضد لها من أخبار الباب ثلاثة أخبار اخر أحدها خبر الخصال والثاني خبر قرب الأسناد عن الحسين بن علوان والثالث خبر الجعفريّات، إلّا أنّ الثلاثة مشتركة في ضعف السند أيضاً على الاصطلاح الجديد، لكن قد عرفت غير مرة أنّ هذا الاصطلاح الجديد غير معتبر إلّا عند تعارض الأخبار، وفي الحقيقة لا تعارض هنا بينها وبين خبر صحيحة أبي بصير إلّا في حالة القذف دون حالة نفي الولد إذ لا معارض لها سوى العموم وكونها لضعفها غير قابلة لتقييد غيرها، لكن يبقى فيها الطعن باحتمال التقيّة لاشتمالها على أصناف لا يمكن القول بها، وقد تقدم الكلام عليه منقّحاً فلا حاجة إلى إعادته.

ويشترط فيها أيضاً أن تكون منكوحة بالعقد الدائم الصحيح، أمّا اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الأصحاب، وقد ذهب إليه أكثر المتقدمين وجميع المتأخّرين حتّى لم ينقل المحقّق هنا فيه خلافاً، وكذا العلّامة، لكن قد نقل الخلاف في نكاح المنقطع عن المفيد والمرتضى لعموم الآية، وسيجيء الكلام عليهما وعلى ما احتجّا به، وأمّا بالنسبة إلى نفي الولد فالظاهر أنّه موضع وفاق لأنّ

ولدالمتمتّع بها ينتفي لغير لعان اتّفاقاً كما تقدم في حكم الأولاد، لكن ظاهر المفيد في الرسالة الغريّة أنّ خلافه في الجميع ، و كذلك ظاهر يحيى بن سعيد، و بين الكلامين تدافع .

ويدلّ على المشهور ما تقدم في نكاح المتعة من الأخبار التي أوردها جامع الأصل من صحيحة ابن أبي يعفور [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتّع منها » .

وصحيحة عبدالله بن سنان [2] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّيّة ولا التي يتمتّع بها » .

وصحيحة علي بن جعفر [3] عن أخيه موسى عليه السلام مثلها .

واحتجّ المفيد والمرتضى ويحيى بن سعيد بعموم الآية، و لا ينافيه ورودها في الدائم لأنّ خصوصيّة السبب لا تخصّص العام، واجيب أنّ عمومها مخصوص بالروايات الصحيحة بناءً على ما ثبت من أنّ خبر الواحد يخصّص الكتاب ، و العجب من شهيد المسالك في مباحث المتعة حيث طعن في خبر عبدالله بن سنان بعدم الصحّة لاشتراك ابن سنان بين عبدالله ومحمّد بالضعف ، ثمّ قال : و الاشتراك يمنع الوصف بالصحّة . وفيه نظر لما عرفت أن لا اشتراك لأنّ محمّداً لا يروي عن أبي عبدالله عليه السلام بغير واسطة و القرينة العقلية معيّنة له ، ومن هنا جزم في اللعان بالصحّة وغفل عمّا أورده هناك في المتعة .

وأمّا رواية علي بن جعفر وإن ضعف طريقها في التهذيب لكنّها في كتاب المسائل له صحيحة.

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦٦ ح١٧، التهذيب ج٨ ص١٨٩ ح١٨ وفيهما «يتمتع بها»، الوسائل ج١٥ ص٦٠٥ ب١٠ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٥ ب١٠ ح٢ .

(٣) قرب الاسناد ص١٠٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٩ ب٥ ح١٤ .

وأمّا اعتبار اشتراك الدخول بها فقد تقدم الكلام عليه مستوفى فلا حاجة إلى إعادته ، ودليل اشتراطه قدمر مفصّلاً ، وأنّ المخالف فيه غير معلوم وإنّما تؤذن به بعض العبارات. نعم خلاف ابن إدريس بالنسبة إلى التفصيل حيث اشترطه في لعان نفي الولد دون الرمي بالقذف ، وقد عرفت ما يدفعه إذ لا مستمسك له سوى العمومات آية ورواية، وقد قيّدتها الأخبار المستفيضة المشترطة للدخول، ويثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة كما هو المشهور ، و صور هذه المسألة أربع لأنّ الزوجين إمّا أن يكونا حرين أومملوكين أو الزوجة حرة و الزوج عبداً وبالعكس. و الثلاثة الاول لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها، وإنّما الخلاف في الرابع ، فجوّزه الأكثر كالشيخ و أتباعه و المحقّق والعلاّمة و عليه المتأخّرون قاطبة ، ومنعه المفيد وسلاّر مطلقاً ، وفصّل ابن إدريس فصحّحه في نفي الولد دون القذف.

حجّة المشهور صحيحة جميل [(١)] عن الصادق عليه السلام و قد تقدمت في شرائط الملاعن «أنّه سئل هل يكون بين الحرّ والمملوكة لعان؟ فقال: نعم ، وبين المملوك والحرة وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة » .

وصحيحة الحلبي [(٢)] وقد تقدمت أيضاً « قال : سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها وهو مملوك ، قال : يلاعنها . و عن الحرّ تحته أمة فيقذفها » .

وصحيحة محمّد بن مسلم [(٣)] « قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال : نعم إذا كان مولاها الذي زوّجها إيّاه » .

وصحيحة حريز [(٤)] عن أبي عبدالله عليه السلام «في العبد يلاعن الحرة ؟ قال : نعم

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٦ ب٥ ح٢ .
(٢) الكافي ج٦ ص١٦٣ ح٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٥ ب٥ ح١ .
(٣) التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٦ ب٥ ح٥ .
(٤) التهذيب ج٨ ص١٨٩ ح١٤ وفيه «ولاعنها» ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح٦ وفيهما «زوجه اياها» .

إذا كان مولاه زوّجها إيّاه لاعنها بأمر مولاه كان ذلك ، وقال : بين الحرّ والأمة والمسلم والذمّيّة لعان » .

وصحيحة محمّد بن مسلم الاخرى[١] « قال : سألته عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال : نعم » .

و صحيحة هشام بن سالم [٢] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها وهو مملوك والحرّ تكون تحته المملوكة فيقذفها ، قال : يلاعنها » .

وحجّة المانعين عموم قوله تعالى : « ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات » [٣] والمملوكة ليست من أهل الشهادة .

وبصحيحة عبدالله بن سنان [٤] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : لا يلاعن الحرّ أمته ولا الذمّيّة ولا التي يتمتّع بها » .

و رواية علي بن جعفر [٥] كما في التهذيب وصحيحته كما في المسائل عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام « قال: سألته عن رجل مسلم تحته يهوديّة أو نصرانيّة أو أمة ينفي ولدها ويقذفها ، هل عليه لعان ؟ قال : لا » .

وبخبر السكوني [٦] وقد مرّ وفيه « أنّ عليّاً عليه السلام قال : ليس بين خمس من النساء وبين أزواجهنّ ملاعنة » وساق الحديث إلى أن قال : « والأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها » .

---

(١) التهذيب ج١٠ ص٧٨ ح٧٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح٨ .
(٢) التهذيب ج٨ ص١٨٩ ح١٦ وفيه «يكون تحته الامة» الوسائل ج١٥ ص٥٩٧ ب٥ ح١٠ .
(٣) سورة النور ـ آية ٦ .
(٤) التهذيب ج٨ ص١٨٨ ح١٢ الوسائل ج١٥ ص٥٩٦ ب٥ ح٤ .
(٥) التهذيب ج٨ ص١٨٩ ح١٧ وفيه «أو أمة فأولدها وقذفها فهل» ، قرب الاسناد ص١٠٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١١ وفيهما اختلاف يسير .
(٦) التهذيب ج٨ ص١٩٧ ح٥٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٢ .

ومثلها خبر سليمان بن جعفر البصري [1] كما في الخصال عن جعفر بن محمّد عن آبائه عليهم السلام و قد تقدم أيضاً .

وخبر الحسين بن علوان [2] كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليه السلام «قال : أربع ليس بينهنّ لعان : ليس بين الحرّ والمملوكة ولا بين الحرة والمملوك» .

ومثلها ما في كتاب الجعفريّات [3] بإسنادهما المشهور عن علي عليه السلام .

وقد قدح على هذه الروايات بضعف أسنادها سوى الاولى، وبأنّها مشتملة على تلك الأفراد التي قد ثبتت بالصحاح والفتوى الملاعنة فيها وبأنّها مطابقة للتقيّة وباحتمال أن تكون الأمة مملوكة غير مزوجة وبما إذا تزوجها بغير إذن مولاها .

وأمّا إطلاق الآية فمخصّص بتلك الأخبار الصحاح التي قد سمعتها مع صراحتها في التزويج واحتمال هذه للملك .

و احتجّ ابن إدريس على تفصيله بأنّ قذف المملوكة لا يوجب الحدّ فلا يتوقّف نفيه على اللعان ، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجة ، بأنّ اللعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقّن والثاني باقٍ على الأصل .

واجيب عن ذلك بأنّ عموم « والذين يرمون أزواجهم » أخرجه عن حكم الأصل مضافاً إلى النصوص المستفيضة من الصحاح وغيرها، وكما جاز اللعان لنفي الحدّ جاز لنفي التعزير إذ ليس في اشتراط كونه للحدّ وإن كان السبب موجباً له لأنّ العبرة بعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، و قد ظهر أنّ مختار الأكثر هو الأظهر ، ويتعيّن حمل هذه الأخبار على التقيّة و لا يشترط فيها الاسلام كما هو مذهب الأكثر . و ذهب جماعة منهم ابن الجنيد إلى اشتراط إسلامها فلا يلاعن

(١) الخصال ج١ ص٣٠٤ ح٨٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٢ .
(٢) قرب الاسناد ص٤٢، الوسائل ج١٥ ص٥٩٨ ب٥ ح١٣ وفيهما اختلاف يسير .
(٣) الجعفريات ص١١٤ .

المسلم الكافرة ، وابن إدريس على التفصيل كما في الحرّ والمملوكة .

و قد احتجّ المشهور بما قدمناه من الأخبار المشتملة على التعميم وصحيحة جميل لقوله فيها « وبين المسلم واليهوديّة و النصرانيّة و لا يتوارثا » . وبصحيحة حريز عن أبي عبدالله عليه السلام وقد تقدمت أيضاً فيها « بين الحرّ والأمة والمسلم والذمّيّة لعـان » .

وبصحيحة أبي ولّاد الحنّاط [1] كما في مستطرفات السرائر نقلاً من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب « قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن نصرانيّة تحت مسلم زنت وجاءت بولد فأنكره المسلم ، قال : فقال: يلاعنها ، قيل: والولد مايصنع به؟ قال : هو مع امّه ويفرق بينهما ولا تحلّ له أبداً » .

واحتجّ المانعون بماذكروا في اشتراط الحريّة فيها وبالأخبار التي قدمناها مثل خبر علي بن جعفر وصحيحه حيث قال فيه « عن رجل مسلم تحته يهوديّة أو نصرانيّة أو أمة تنفي ولدها وتقذفه، [2] هل عليه لعان ؟ قال: لا » . و كذلك بخبر السكوني وبخبر الخصال عن سليمان بن جعفر البصري وقد مرّ عن قريب ، وبخبر الحسين بن علوان كما في قرب الأسناد ، و بخبر علي بن جعفر كما فيه أيضاً وبصحيحه كما في كتاب المسائل . وحملت هذه الأخبار في المشهور بعد الطعن فيها بمامرّ من ضعف أسنادهاسوى ماشذّ منها وصحيحة عبدالله بن سنان وصحيحة علي بن جعفر بما لو أقرّ بالولد ثمّ نفاه أو بكون تزويج المسلم بهاغير مشروع أو بحملها على التقيّة بقرينة التعليل في كثير منها بعدم قبول شهادة هؤلاء وعلى كون الذمّيّة مملوكة وما سوى التقيّة متكلّف . وأمّا ما احتجّ به ابن إدريس على التفصيل هو عين ما احتجّ به على اشتراط الحريّة .

و ظهر بهذا التحقيق قوة ما ذهب إليه المشهور من جواز الملاعنة مع الكافرة

---

(١) السرائر ص٤٨١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٩ ب٥ ح٥ و فيهما اختلاف يسير .
(٢) كذا والصحيح « ينفي ولدها ويقذفها » كما تقدم قريباً .

وأنّه من باب اليمين لا من باب الشهادات، وممّا اختلف في اشتراطه أن لاتكون حاملاً ، والمشهور عدم اشتراطه ، وذهب المفيد وسلّار وأبوالصلاح إلى عدم جواز اللعان ما دامت حاملاً، والأقوى الأول لعموم الآية سواءكان لعانها عن نفي الولد أو القذف لشموله لهما ولوجود المقتضي و انتفاء المانع ، إذ ليس مانع إلّا كونها حاملاً وهو لا يصلح للمانعيّة ، لأنّ شهادة الحامل ويمينها حال الحمل غيرمناف له ، و الحمل غير مسوغ لتأخير ما يتوجه عليها في الحدّ ، و لأنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم لاعن بين هلال بن اميّة وزوجته وكانت حاملاً ونفى هلال الحمل، ولمّا ولدت جاء على صفات من قذفها به ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لولا الأيمان لكان لي و لها شأن .

و بصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه سأله عن رجل لاعن امرأته وهي حبلى وقد استبان حملها و أنكر ما في بطنها ، فلمّا وضعت ادعاه و أقرّ به وزعم أنّه منه ، فقال : يردّ عليه ولده ويرثه ولا يجلد لأنّ اللعان بينهما قد مضى » .

و رواه الكليني (٢) بطريقين أحدهما من الضعيف والآخر من الصحيح عن الحلبي مثله .

واحتجّ المانع برواية أبي بصير (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام : يلاعن على كلّ حال إلّا أن تكون حاملاً » و طعن على الخبر بضعف الأسناد فلا يعارض الصحيح ولايقيّد إطلاق الكتاب وعمومه . واحتمل فيه الشيخ نفي ما يجب باللعان على الحدّ على تقدير نكولها أو على أنّ الحمل غيرمتيقّن واللعان إنّما يترتّب على ما كان يقيناً، ويمكن حمله على التقيّة أيضاً لأنّه مذهب

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٠ ح١٩ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٠ ب٦ ح٤ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٣ وج٧ ص١٦١ ح٧ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٠ ب٦ ح٤ وج١٧ ص٥٥٩ ب٢ ح٣ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج٨ ص١٩٠ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٧ ب١٣ ح٣ وفيهما « كان أميرالمؤمنين عليه السلام يلاعن في كل » .

العامّة لاشتراطهم أن تكون حاملاً ، فالأصح إذاً الجواز ، و يتأخّر الحدّ مع النكول عن الوضع الأخبار النافية لحدّ الحامل و بعد ثبوته إلى أن تضع ، و هذا مجمع عليه أيضاً .

وفي خبر سماعة بن حمران (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إذا كانت المرأة حبلى لم ترجم » .

تتمة

لا تصير الأمة فراشاً بالملك ، فلا يلحقه الولد الذي تأتي به وإن خلت له وخلا بها ، وأمكن أن يكون منه بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرد الامكان كما تقدم في أحكام الأولاد، لأنّ المقصود بالنكاح والتزويج هو الولد، وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجارة والاستخدام، ولهذا لا يزوج من لا تحلّ له ويملك باليمين من لا تحلّ له، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الامـكان .

و قد اختلف الأصحاب في صيرورة الأمة فراشاً في الوطء بالفعل إلى قولين و كأنّ منشأهما اختلاف الروايات ، فذهب الشيخ في المبسوط والمحقّق والعلاّمة و سائر المتأخّرين إلى أنّ الأمة لا تصير فراشاً لسيّدها مطلقاً ، و ذهب الباقون إلى صيرورتها فراشاً بالوطء، إلاّ أنّهم اتّفقوا على انتفاء ولدها بمجرد النفي كما سيجيء تحقيقه ، وقد تقدم في أحكام الأولاد الكلام على هذا الحكم أيضاً و ذكر طائفة من أدلّته، وإنّما أعدناه هنا لزيادة التحقيق واقتداءً بالمحقّق في شرايعه .

واستند أهل القول الأول إلى صحيحة عبدالله بن سنان (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّ رجلاً من الأنصار أتى أبا عبدالله عليه السلام فقال : إنّي ابتليت بأمر عظيم ،

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٠ ح٢١ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٧ ب١٣ ح٢ .

(٢) الكافي ج٥ ص٤٨٨ ح١، الوسائل ج١٤ ص٥٦٣ ب٥٥ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

أنّ لي جارية كنت أطأها ، فوطأتها يوماً فخرجت إلى حاجة لي بعد ما اغتسلت منها و نسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لأخذها فوجدت غلاماً لي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر ، فولدت جارية ، قال : فقال لي عليه السلام : لا ينبغي لك أن تقربها ولا تبيعها ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيّاً ، ثمّ أوص لها عند موتك من مالك يجعل الله عزّ وجلّ لها منخرجاً » .

ومثلها خبر حريز [١] عن أبي عبدالله عليه السلام و مرسلة آدم بن إسحاق [٢] عن رجل من أصحابنا عن عبدالحميد بن إسماعيل .

وفي معنى هذه أخبار اخر قدتقدمت في أحكام الأولاد إلّا أنّها ضعيفة الأسناد.

و احتجّ من أثبت الفراش بالوطء بأخبار عاميّة تركنا التعرض لها لعدم الفائدة في نقلها، وبرواية سعيد بن يسار [٣] « قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء و لقد عزل عنها ، ما تقول في الولد؟ قال : أرى لا يباع هذا الولد يا سعيد . قال : وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال : أتتّهمها ؟ فقلت: أمّا تهمة ظاهرة فلا ، فقال : فيتّهمها أهلك ؟ فقلت : أمّا شيء ظاهر فلا ، فقال : فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد ؟ » .

وبصحيحته [٤] أيضاً « قال : سألت أباالحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلّق ، فقال : يتّهمها الرجل أو يتّهمها أهله ؟ قلت : أمّا ظاهرة فلا ، قال : إذاً لزمه الولد » .

و صحيحة سعيد الأعرج [٥] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجلين

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٢ ح٥٩ ، الوسائل ج١٤ ص٥٦٥ ب٥٦ح٣ .
(٢) التهذيب ج٨ ص١٨٠ ح٥٤ ، الوسائل ج١٤ ص٥٦٥ ب٥٦ ح٤ .
(٣) التهذيب ج٨ ص١٨١ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٤ ص٥٦٦ ب٥٦ ح٥ و فيهما اختلاف يسير .
(٤) التهذيب ج٨ ص١٨١ ح٥٧ ، الوسائل ج١٤ ص٥٦٥ ب٥٦ ح٢ .
(٥) التهذيب ج٨ ص١٦٩ ح١٣ ، الوسائل ج١٤ ص٥٦٨ ب٥٨ ح٣ .

وقعا على جارية في طهر واحد ، لمن يكون الولد ؟ قال: للّذي عنده، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش و للعاهر الحجر » .

وفي معناها رواية الحسن بن زياد الصيقل [1] عنه عليه السلام والطريق إلى الحسن صحيح و فيها « الولد للذي عند الجارية و ليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله : الولد للفراش و للعاهر الحجر » .

وهذه الأخبار صريحة في أنّ الأمة تصير فراشاً للمولى بالوطء ، وفي معناها غيرها ، والظاهر أنّها مرجّحة على الأخبار السابقة لصحّة السند و كثرة العدد . وإذا تقرر ذلك الحكم فنقول ممّا يترتّب على كون الموطوءة فراشاً أنّ و لدها الذي يمكن تولّده من الوطء بأن تلده لستّة أشهر ، فمازاد من حين الوطء إلى أقصى مدة الحمل يلحق به و لا يتوقّف على اعترافه به بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظنّ أنّه ليس منه لتهمة امّه بالفجور لأنّ الله تعالى قد حكم بأنّ الولد للفراش ، فإذا كان الفراش زوجة دائمة تحقّق بالاشهاد من حين العقد وإمكان وصوله إليها .

ثمّ لها بالنسبة إلى الولد حكمان أحدهما في ظاهر الأمر وهو أنّه يحكم بإلحاق الولد الذي تلده بعد العقد و إمكان الوصول إليها فيما بين أقلّ الحمل وأكثره بالزوج وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل أم لا كالمجنون و الصبي الذى يمكن تولّده منه كابن العشرة قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق، ولو علمنا انتفاءه عنه إن كان غائباً عنه غيبة لا يمكن وصوله إليها سراً ولا جهراً في المدة التي يمكن تولّده منه ثمّ ولدته في زمان إمكان كونه منه وجب عليه أن يلحقه بنفسه وإن احتمل وظنّ خلاف ذلك كما قلناه . وإن تيقّن انتفاؤه عنه لكون تولّده بدون ستّة أشهر من حين وطئه أو لأكثر من أقصى الحمل وجب عليه نفيه كما قررناه سابقاً وإن كان في ظاهر الحال محكوماً بإلحاقه

(١) التهذيب ج٨ ص١٦٩ ح١٢ ، الوسائل ج١٤ ص٥٦٨ ب٥٨ ح٢ .

به بأن كان قريباً منها بحيث يمكنه إصابتها ، وإذا توقّف ذلك النفي على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدمة الواجب ، وإن أمكن إقامة البيّنة على ما يوجب انتفاؤه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط بأن لازمته ليلاً ونهاراً بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعاً وإن عسر ذلك وشذ .

وأمّا الأمة فقد عرفت ممّا ذكر عدم كونها فراشاً بمجرد الملك قطعاً ، ثمّ إذا وطأها وحكمنا بصيرورتها فراشاً به فحكمه في لحوق ولدها في الحالتين كما سبق ، لكنّه يفارق ولد الزوجة في أمرين :

(أحدهما) عدم الحكم بلحوقه به إلّا بثبوت وطئه لها إمّا بالاقرار منه أو بالبيّنة المطّلعة على ذلك ، بخلاف ولد الزوجة ، فيكفي فيه كما علمت إمكان الوطء ، والوجه ما سمعت من تعليل النصوص والفتوى أنّ المعتبر فيهما ثبوت الفراش، ولّما كان في الزوجة متحقّقاً بمجرد العقد وإمكان وصوله إليها كان المرتّب على ذلك ثبوت ذلك الانتساب ، ولّما كانت فراشيّة الأمة غير متحقّقة إلّا بالوطء اعتبر ثبوته، فمرجع الأمر فيهما إلى شيء واحد وهو ثبوت الفراش إلّا أنّه في الزوجة يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد وعلمه بإمكان وصوله إليها، وفي الأمة لا يظهر في الغالب إلّا منه لأنّ الوطء من الامور المستورة فلا يكشف إلّا عنه الاقرار به إن لم يتّفق الاطّلاع عليه بالبيّنة نادراً .

(والثاني) أنّ ولد الزوجة حيث كان محكوماً به للزوج ظاهراً لم ينتف عنه بنفيه بل لابدّ من اللعان وولد الأمة ينتف بغير لعان ، والسرّ فيه أنّ الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيّاً عنه يليق بالحكمة الالهيّة أن يجعل له الشارع الحكيم منهجاً واضحاً إلى نفيه ليخرج عنه من ليس منه ولما جعل الولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصّه بالزوجين بقوله تعالى «والذين يرمون أزواجهم» فلابدّ من طريق آخر يتوصّل به لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه ، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على الأصل الالحاق كما لو تعذر اللعان حيث أشرع لزم

أن يكون ولد الأمة أقوى اتّصالاً وأحسن حالاً من ولد الزوجة الدائمة ، فشرع لذلك انتفاؤه بمجرد نفيه من غير لعان إذ ليس هناك طريق آخر .

ومخالفونا لمّا وافقونا على أنّ ولد ملك اليمين لاينتفي باللعان واختلفوا في طريق نفيه إذا علم انتفاؤه، فمنهم من سدّ الطريق عن نفيه نظراً إلى أنّ الولد للفراش وليس هناك طريق إلى النفي ، ومنهم من أجرى فيه اللعان للضرورة حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة ، ومنهم من نفاه بيمينه . وعلى تقدير صيرورتها فراشاً بالوطء ـ كما هو القول الثاني ـ هل يستمرّ ذلك مادامت على ملكه ؟ أم يختصّ الحكم بالولد الذي يمكن تولّده من ذلك الوطء خاصّة حتّى لو أتت بولد بعد أقصى الحمل من الوطء الذي ثبت بإقراره أو بالبيّنة لايتحقّق الالحاق به من غير الاعتراف؟ وجهان بل قولان:

من حصول شرط الفراش وهو الوطء، فينزل منزلة العقد الدائم على الحرة، لأنّ وطء الأمة إمّا تمام السبب للفراشيّة أو شرط فيها ، فعلى التقديرين فيصير الفراش به كالعقد ، فيستمرّ الحكم حينئذٍ كاستمرار حكم الفراش في العقد ، و لايشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد .

ومن ضعف فراشيّة الأمة دلالة تلك النصوص الموجبة لالحاق الولد به على كونه مولوداً في زمن يمكن تولّده من ذلك الوطء فيبقى غيره على الأصل ولا إشكال في انتفائه عنه بنفيه ، وتظهر الفائدة لو لم ينفه ، فهل يتحقّق الالحاق به ظاهراً بسببيّة الوطء السابق ؟ أم يتوقّف على الاقرار به ؟ يبنى على الوجهين، والأقوى الثاني وإن لم يحكم بفراشيّتها بالوطء ، فمقتضى كلام المحقّق والعلّامة ومن تبعهما وقبلهما الشيخ أنّه لايلحق ولدها به إلّا بالاقرار به وإن أقرّ بوطئها أو ما أقامت عليه البيّنة ، وهذا الذي يناسب الحكم بعدم الفراش لأنّ الأصل عدم انتسابه إليه بدون الاقرار .

و قال فخر المحقّقين في شرح قواعد أبيه : إنّ معنى كونها ليست فراشاً أنّه لايلحق به الولد إلّا بإقراره به أو بوطئها وإمكان اللحوق به. و كأنّه حاول

بذلك الجمع بين كلام الأصحاب و حكمهم بعدم فراشيّتها مطلقاً وبين حكمهم في باب أحكام الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطىء ، وأنّه يلزمه الاعتراف به حيث يمكن كونه منه . ولو وطأها غيره الحق به دون الغير من غير تقييد بالاقرار به ، فجعل مستند ذلك الوطء الواقع من المولى مجرياً له مجرى الاقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئاً ، وضعّف بأنّ إلحاقه مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق ، فعند جعله مرتّباً على عدمه بلزوم الفرق بين الفراش و غيره إلّا إذا جعل هـذا الوطء الموجب للفراش كافياً في إلحاق الولد به بعد ذلك ، وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصي الثابت كما هو أحد الاحتمالين في المسألة فيجعل هذا الوطء القائم مقام الاقرار هو الوطء الذي يمكن استناده إلى الولد إليه (١) ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكروه الجميع في معنى الفراش لاطباقهم على أنّ فائدة لحوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به وعدم لحوقه بمن لم تكن فراشاً إلّا بإقراره . والوجه أنّ الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محلّه وإنّما محلّه على تقدير كونها فراشاً لأنّ الوطء لابدّ من العلم به ليتحقّق كون الأمة فراشاً.

وأمّا ما ذكروه في باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أنّ ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى بمعنى أنّه إذا وطأ الأمة وطءً يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه ولايجوز له نفيه عنه بتهمة إلّا على تلك الرواية الشاذة . وأمّا بالنسبة إلينا فلا يحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لانحكم بكونها فراشاً .

وهكذا القول فيما لو وطأها المولى وغيره فإنّه نحكم به للمولى دون الغير حيث يكون وطؤه فجوراً ، ولكن بالنسبة إلينا لانحكم به له إلّا باعترافه به .

و كذا القول في ولد المتعة فإنّه لا تجتمع النصوص الدالّة على الالحاق ، وتحتمه بمجرد العقد والوطء وبكونها ليست فراشاً إلّا بالاقرار والوطء وإلّا يلزم

(١) كذا ولعل الصحيح «استناده الولد اليه» .

زيادة ولد المتعة على ولد الزوجة لنفي اللعان فيها كما سمعت من تلك النصوص

وقد سرى هذه الوهم والاشكال في نفوس أقوام من مشايخنا منهم شيخنا صاحب هذا الكتاب في أحكام المتعة . فحكم بخصوصيّة المتعة بالالحاق على كلّ حال ، وأنّه لا ينتفي عنه أبداً لعدم صلاحيّة اللعان فيها ، ولاعلان تلك الصحاح بالتغليظ في الألحاق مثل صحيحة محمّد بن مسلم (١) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قلت له : أرأيت إن حملت ـ يعني المتمتّع بها ـ قال : هو ولده» .

وصحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع (٢) «قال : سأل رجل الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأة متعة ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها ، فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد ، فشدد في ذلك وقال : يجحد ! وكيف يجحد ؟ إعظاماً لذلك ، قال : فإن اتّهمتها ؟ قال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلّا مأمونة» .

وفي صحيحة ابن أبي عمير (٣) وغيره فيها «قال : الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء ، إلّا أنّه إذا جاء ولد لم ينكره ، وشدد في إنكار الولد» .

والجمع بما ذكرناه أوجه وأحسن لئلّا يطرح أحد الدليلين .

ومن شرائطه أيضاً أنّه لا يصحّ إيقاعه إلّا عند السلطان العادل أو من ينصبه لذلك ولو عموماً . ولو تراضيا برجل فلاعن بينهما ففي وقوع اللعان صحيحاً جارياً عليهما بنفس الحكم أو يعتبر رضاهما بعد الحكم في لزومه قولان ، المشهور جوازه ، والمراد بالعامّي هنا هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال حضور الامام لكنّه منصوباً من قبله لا عموماً ولا خصوصاً ، وسمّاه عامّيّاً بالاضافة إلى المنصوب لأنّه خاصّ بالنسبة إليه

---

(١) التهذيب ج٧ ص٢٦٩ ح٧٩ ، الوسائل ج١٤ ص٤٨٨ ب٣٣ ح١ وفيه اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٧ ص٢٦٩ ح٨٢ ، الوسائل ج١٤ ص٤٨٨ ب٣٣ ح٣ وفيهما «فان اتهمها» .

(٣) الكافي ج٥ ص٤٦٤ ح٢ ، الوسائل ج١٤ ص٤٨٩ ب٢٣ ح٥ .

ويدلّ على أصل الحكم عندهم الأخبار الواردة في القضاء النافية للتحاكم عند غير الامام ومن نصبه الامام لأنّه حكم شرعي يتعلّق به كيفيّات وأحكام وهيئات فتناط بالامام وخليفته لأنّه المنسوب لذلك كما في المختلف ، ولأنّ الحدّ يقيمه الحاكم فكذا ما يدرأه .

ولصحيح محمّد بن مسلم (١) «قال : سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال : يجلس الامام مستدبر القبلة» الحديث .

وصحيح البزنطي (٢) وحسنه عن الرضا عليه‌السلام «قال : قلت له: كيف الملاعنة ؟ قال : يقعد الامام ويجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره» .

وما روي مرسلاً (٣) في بعض الاصول المعتمدة عن الصادق عليه‌السلام من قوله « واللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالي : إنّي رأيت رجلاً مكان مجلسي منها ، أو ينتفي من ولدها فيقول ليس منّي ، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالي».

وقوله عليه‌السلام (٤) «والملاعنة أن يشهد بين يدي الامام أربع شهادات» .

وكذا ما ارسل(٥) عنه صلى‌الله‌عليه‌وآله وعن أمير المؤمنين عليه‌السلام من قولهما «إذا تلاعن المتلاعنان عند الامام فرق بينهما» .

أمّا ما ذهب إليه المشهور من أنّهما لو تراضيا بالفقيه الجامع حال الحضور فلاعن بينهما جاز فربما يستدعي عليه بعمومات الأخبار وبإطلاق لفظ الامام على الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال الحضور والغيبة، إلاّ أنّه لم يصرح في المبسوط

(١) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٤ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٦ ح٢ وفيه «أصلحك الله كيف» ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٢ وفيهما «والمرأة والصبي» .

(٣) دعائم الاسلام ج٢ ص٢٨١ ح١٠٥٩ وفيه «ليس هذا معنى » .

(٤) دعائم الاسلام ج٢ ص٢٨١ ح١٠٦٠ .

(٥) دعائم الاسلام ج٢ ص٢٨٢ ح١٠٦١ .

و الوسيلة بكونه عن العامّة ، وزاد في المبسوط أنّه يجوز عندناوعند جماعة ،وقال بعضهم لايجوز ، وهو مشعر بالاتفاق ، مع أنّه قال قبل ذلك : اللعان لايصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه . وقال أيضاً : اللعان لايصحّ إلّا عند الحاكم أو خليفته إجماعاً فلعلّه إذا لم يحصل التراضي بغيره، والمراد بالحاكم الامام وخلفاؤه ، فيعمّ الفقهاء في الغيبة و بمن تراضيا عليه من الفقيه في الغيبة إن لايجوز عند كلّ من تراضيا عنده إلّا إذا لم يمكن الحاكم أو منصوبه . وجعلهما في المختلف قولين واختار عدم الجواز إلّا عند الحاكم أومن ينصبه، و تردد في التحرير.

وبالجملة : فينبغي القول بصحّة إيقاعه من الفقيه في زمن الغيبة لأنّه المنصوب من قبل الامام للأحكام والحوادث والحدود وأخذ الحقوق لعموم النصوص من الكتاب والسنّة ، والوالي بل الامام له ، على أنّ خبري الامام بالتعريف من النصوصيّة في امتناعه من غيره بل الظاهر العدم، فيثبت حكم اللعان إذاتلاعنا عند مستكمل الشرائط في زمن الحضور وإن لم يكن منصوباً لجعله له حاكماً فليزمان بحكمه ولايعتبر رضاهما بعد الحكم ، وسيجيء تحقيق هذه المسألة في أحكام القضاء .

الفصل الثالث في الكيفية :

و صورته أن يقول الرجل أربع مرات : اشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما قذفتها به ، مع تعيينها بحيث تتميّز عن الغير بالاشارة إن كانت حاضرة و بالأوصاف مع الغيبة إن كان اللعان للقذف . و إن كان لنفي الولد خاصّة فليقل في أنّ هذا الولد ليس منّي و إن جمع بينهما ، ثمّ يعظه الحاكم و يخوفه من لعنة الله إذا تمّت الأربع و يقول له : إن كان حملك على ما قلت غيره أو سبب فراجع التوبة ، فإنّ عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة ، ثمّ يقول له : إنّ لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين ، فإذا قال ذلك انتفى عنه

الحدّ وانتفى عنه النسب. ثمّ يقول الحاكم للمرأة : قولي ـ إن لم تقرّ بما رماها به ـ اشهد بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماني به أربع مرات ، وعليها تعيين الزوج بحيث يمتاز عن غيره ، ولا حاجة بها إلى ذكر الولد فإنّه انتفى بأيمان الزوج وشهاداته ، وإنّما تلاعنه لدرء الحدّ و العذاب عن نفسها ، فإذا قالت ذلك وعظها خوفاً من عذاب الله و قال لها : إنّ عقاب الله في الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن رجعت إلى الاقرار ونكلت عن اليمين رجمها أو حدها بالجلد إن لم تستكمل شرائط الرجم ، وإن أصرت قال لها : قولي إنّ غضب الله عليّ إن كان من الصادقين فيما رماني به ، وحينئذ فيعتبر في اللعان امور :

الاول : التلفّظ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه، فلو أبدل صيغة الشهادة بغيرها كشهدت بالله أو أنا شاهد أو أحلف بالله أو اقسم بالله أو أولى أو أبدل لفظ الجلالة بقوله اشهد بالرحمن أو بالخالق ونحوهما لم يقع لأنّه خلاف المنقول شرعاً. وكذا لو أبدل كلمة الصدق والكذب بغيرها و إن كان بمعناها ، كقوله : إنّي لصادق أو من الصادقين بغير لام التوكيد أو لبعض الصادقين أو أنّها زنت . أو قالت المرأة: إنّه كاذب أو لكاذب، أو ابدل اللعن بالابعاد أو الطرد ولفظ الغضب بالسخط أو أحدهما بالآخر وإن كان الغضب أشدّ من اللعن، و لذلك خصّ بجانب المرأة لأنّ جريمة الزنا منها أقبح من جريمة القذف، و لأنّ كلّ مغضوب عليه ملعون ولا ينعكس .

و تدلّ على هذه الأحكام والتفاصيل النصوص التي جاءت في بيان الكيفيّة ، وقد تقدم منها الأخبار التي ذكرناها في سبب النزول مثل صحيحة ابن الحجّاج (١).

وأمّا ما وقع من التعبير عن الشهادات بالله لمرسلة الفقيه (٢) حيث قال: وفي خبر آخر «ثمّ يقوم الرجل فيحلف أربع مرات بالله إنّه لمن الصادقين فيما رماها

(١) الفقيه ج٣ ص٣٤٩ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٦ ب١ ح١ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٧ ح٣، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٣ وفيهما اختلاف يسير.

به ، ثمّ يقول له الامام : اتّق الله فإنّ لعنة الله شديدة ، ثمّ يقول للرجل : قل لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به ، ثمّ تقوم المرأة فتحلف أربع مرات بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ يقول لها الامام: اتّقي الله فإنّ غضب الله شديد ، ثمّ تقول المرأة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به ، فإن نكلت رجمت ويكون الرجم من ورائها ويتّقى الوجه والفرج ، وإن كانت المرأة حبلى لم ترجم ، و إن لم تنكل درىء عنها الحدّ و هو الرجم ، ثمّ يفرق بينهما فلا تحلّ له أبداً » الحديث ، فمنزل على الشهادات المذكورة إرجاعاً للمطلق لما يقيّده و المجمل لما يفسّره .

وقد تقدم خبر زرارة (١) في تفسير الآية وفيه «وإن أبى إلّا أن يمضي فيشهد عليها أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين و الخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين ، و إن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب ـ والعذاب هو الرجم ـ شهدت أربع شهادات بالله إنّه لمن الكاذبين والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحدّ ثمّ لا تحلّ له إلى يوم القيامة».

و في رواية الفضيل (٢) المعتبرة بل الصحيحة « قال : سألته عن رجل افترى على امرأته ، قال : يلاعنها ، فإن أبى أن يلاعنها جلد الحد » وساق الحديث إلى أن قال : «والملاعنة أن يشهد عليها أربع شهادات بالله إنّي رأيتك تزني والخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين ، و الخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦٢ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٨ ب١ ح٧ .

(٢) التهذيب ج٨ ص١٨٧ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ ب١ ح٨ وفيهما «رأيتك تزنين» وفي التهذيب «والخامسة يلعن نفسه ان كان من الكاذبين ، فان أقرت رجمت ، وان أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب شهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين و الخامسة . . . » وكذا في الوسائل مع اختلاف يسير .

وفي رواية تفسير النعماني [١] التي مرّ ذكرها في سبب النزول مسندة إلى علي عليه السلام ومرسلة كما في تفسير القمّي [٢] كما قد سمعت وفيها « أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لعويمر الذي هو سبب النزول: اشهد أربع شهادات، فشهد أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين والخامسة أنّ غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثمّ شهدت أربع شهادات بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماها به ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : العني نفسك في الخامسة ، و شهدت وقالت في الخامسة أنّ لعنة الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به ، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله : اذهبا » .

الثاني : قيام كلّ منهما عند لفظه كما عليه جماعة من القيام [٣] منهم الشيخ في المبسوط والصدوق قبله ، لما رواه الصدوق في الصحيح عن البزنطي [٤] عن الرضا عليه السلام «قال له : أصلحك الله كيف الملاعنة ؟ قال : يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه و المرأة والصبي عن يساره» .

قال : و في خبر آخر [٥] « ثمّ يقوم الرجل فيحلف أربع مرات » إلى أن قال : « ثمّ تقوم المرأة فتحلف أربع مرات » . و بقضيّة عويمر فيما روته العامّة والخاصّة حيث قال: إنّه صلى الله عليه وآله أمر عويمراً بالقيام فلمّا تمّت شهادته أمر امرأته بالقيام.

والمشهور بين الأصحاب وإليه ذهب الشيخ في الفقيه والمفيد وأتباعهما وأكثر المتأخّرين إلى أنّهما يكونان قائمين عند تلفّظ كلّ منهما لصحيحة عبدالرحمن ابن الحجّاج [٦] التي مرّ ذكرها في نزول الآية وفيها « قال أبوعبدالله عليه السلام : » وحكى قصّة الرجل الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وأخبره عن أهله إلى أن قال :

---

(١) المحكم والمتشابه ص٧٢ ط دار الشبستري ـ قم، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ ب١ ح٩.
(٢) تفسير القمى ج ٢ ص٩٨ .
(٣) كذا ولعل الصحيح «القوم» .
(٤) الفقيه ج٣ ص٣٤٦ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٢ .
(٥) الفقية ج٣ ص٣٤٧ ح٣ ، الوسائل ح١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٣ .
(٦) التهذيب ج٨ ص١٨٤ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٦ ب١ ح١ .

«فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله ثمّ قال للزوج : اشهد أربع شهادات» .

وصحيحة محمّد بن مسلم [١] «قال : سألته عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الامام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً بحذائه ويبدأ بالرجل» وليسا بنصّين على اجتماعهما في القيام .

وفي صحيحة علي بن جعفر [٢] عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن الملاعنة قائماً يلاعن أو قاعداً؟ فقال : الملاعنة وما أشبهها من قيام» فهو دالّ على وجوب القيام في الجملة كما هو مذهب الأكثر .

ونصّ ابن سعيد على استحبابه ولم يتعرض له الصدوق في الهداية والمحقّق في النافع ، فربما لم يوجباه أيضاً ، ولعلّه للأصل وعدم نصوصيّة ماذكر في الوجوب وقد ارسل في بعض الكتب [٣] عن الصادق عليه السلام «أنّه قال : والسنّة أن يجلس الامام للمتلاعنين ويقيمهما بين يديه كلّ واحد منهما مستقبل القبلة» .

لكن في صحيحة البزنطي [٤] «جعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبي عن يساره» وباقي الأخبار كونهما بين يديه، ولامنافاة لأنّ كونهما بين يديه لاينافي كون أحدهما عن اليمين والآخر على اليسار .

الثالث : النطق بالعربيّة مع القدرة كلاّ أو بعضاً ، موافقة للنصوص وظاهر القرآن وظاهر الأصحاب ، ويجوز مع التعذر النطق بغيرها للضرورة وحصول الغرض من الأيمان ، فيقتصر الحاكم إن لم يعرف لغتهما إلى مترجمين عدلين ،ولا يكفي الواحد ولاغير العدل كمافي سائر الشهادات ، ولايشترط الزائد فإنّ الشهادة هنا إنّما هي على قولهما لاعلى الزنا ، خصوصاً في حقّها فإنّها تدفعه عن نفسها ،

---

(١) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٠ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٤ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٨ ب١ ح٦ .

(٣) دعائم الاسلام ج٢ ص٢٨١ ح١٠٦٠ .

(٤) الفقيه ج٣ ص٣٤٦ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ ب١ ح٢ .

وللعامّة قول باشتراط أربعه شهود .

الرابع : الترتيب ، فيبدأ الرجل أولاً بالشهادات ثمّ اللعن وتعقّب المرأة ، للنصوص المتقدمة المستفيضة .

فمنها صحيحة محمّدبن مسلم وفيها«ويبدأبالرجل ثمّ المرأة » و كذاصحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج وخبر تفسير النعماني وغيرهما من الأخبار الحاكية للكيفيّة ، فما اطلق يحمل على المفصّل، فلو بدأت المرأة لم يجز للنصوص ولأنّها إنّما تلاعن لدرء الحدّ عن نفسها ولاحدّ عليها مالم يلاعنها الزوج ، وللعامّة قول بجواز تقديمها .

الخامس: الموالاة بين الكلمات أي الشهادة، فإن تخلّل فصل طويل لم يعتد بها اقتصاراً في خلاف الأصل على الواقع بحضرته ، وللأخبار الحاكية للكيفيّة ، نعم يفصل الخامسة بوعظ الامام و كذلك لها .

السادس: إتيان كلّ منهما باللعان بل إلقاؤه عليه ، فلو بادر قبل أن يلقيه عليه الامام لم يصح لأنّه يمين ، فلو بادر به كان لغواً كما لو حلف قبل الاحلاف ، وللأخبار المبيّنة لكيفيّة الملاعنة فإنّها تضمّنت، ولأنّ الحدّ لا يقيمه إلّا الحاكم فكذا ما يدرأه .

السابع : أن يبدأ أولاً بالشهادات ثمّ باللعن على الترتيب المذكور في الأخبار ، و كذا المرأة مقدمة الشهادات على الغضب ، فلوقدم اللعن على الشهادة أو قدمت الغضب عليها لغي لما ذكر ، ولأنّ المعنى إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع فاعتبر تقديمها خلافاً لبعض العامّة .

وأمّا المندوبات فامور سبعة :

الاول : جلوس الحاكم مستدبرالقبلة ليكون وجههما إليها فيكون أدخل في التغليظ ، وتدلّ عليه صحيحة محمّد بن مسلم وصحيحة البزنطي ، حيث قال في الاولى «يجلس الامام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلي القبلة » وفي

الثانية «ويجعل ظهره إلى القبلة» وأمّا وجههما إليها فيدلّ عليه ذلك الصحيحان أيضاً والمرسل عن الصادق عليه السلام.

الثاني : وقوف الرجل عن يمين الحاكم والمرأة عن يمين الرجل، وظاهر صحيحة البزنطي كما سمعت كون المرأة عن يساره أي يسار الامام والصبي معها أيضاً، واحتمل بعضهم في الضمير أن يكون عائداً للرجل فيتخالف الضمائر، وهذا إن قاما معاً.

الثالث : وعظ الحاكم وهو ثقة بعد الشهادات قبل اللعن للرجل وكذا المرأة قبل الغضب كما فعله صلى الله عليه وآله في قضيّة النزول وغيرها من الأخبار.

الرابع : التغليظ بالمكان بأن يلاعن بينهما في أشرف البقاع وفي أرض الملاعنة، فإن كان بمكّة فبين الركن والمقام وهو الحطيم لدلالة الأخبار على أنّه أشرف البقاع، وإن كان في المدينة فعند منبر الرسول ويدلّ عليه تفسير النعماني عن علي عليه السلام ومرسل تفسير القمّي حيث أمر عويمر أن يتقدم مع امرأته إلى المنبر، والعامّة قد رووا أنّه على المنبر، ولاعبرة بما رووه، قالوا: وإن كان في سائر الأمصار ففي الجامع، ولم نقف لهذا التعميم على مستند.

الخامس: التغليظ بالزمان بأن يلاعن بعد صلاة العصر، قال في المبسوط: لقوله تعالى «تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله» (1) قيل في التفسير: بعد العصر. وروي (2) «أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: من حلف بعد العصر يميناً كاذبة ليقطع بها مال امرىءٍ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان» وفي هذا الاستدلال نظر. والأولى الاستدلال بما رواه النعماني في تفسيره (3) عن علي عليه السلام والقمّي (4)

---

(1) سورة المائدة ـ آية ١٠٦.

(2) الفقيه ج٣ ص٧ في المناهي، الوسائل ج١٦ ص١٢١ ب٤ ح١٤ وفيهما «بيمين كاذبة صبراً» وليس فيهما «بعد العصر».

(3) المحكم والمتشابه ص٧٢، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ ب١ ح٩.

(4) تفسير القمي ج٢ ص٩٨.

في تفسيره مرسلاً كما في قضيّة النزول لقوله « فوافوا رسـول الله ﷺ وهو يصلّي العصر فلمّا فرغ أقبل عليهما وقال لهما : تقدما إلى المنبر فتلاعنا » .

وأيضاً قد جاء في تفسير تلك الآية ـ أي آية الوصيّة ـ تفسير الصلاة بصلاة العصر كما في بصائر الدرجات [١] لسعد بن عبدالله وفي تفسير النعماني[٢] أيضاً عن علي عليه السلام [٣] .

السابع : جمع الناس لهما من التغليظ الموجب للارتداع ولأنّه قائم مقـام الحدود ، وقدأمر فيه بأن يشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ولأنّـه ﷺ لاعن بين عويمر وزوجته في المسجد بعد فراغه من صلاة العصر بمحشدمن الناس .

المقصد الثالث : في الاحكام

وهو مشتمل على مسائل :

الاول : إذا قذف زوجته المدخول بها بزنا قد عاينه حيث يثبت اللعـان مستكمل الشرائط ولم يقم البيّنة تعلّق به وجوب الحدّ عليه لدخوله في عمـوم « الذين يرمون المحصنات » فإذا لاعن تعلّق بلعانه بعد كماله وقبل لعان المرأة سقوط الحدّ عنه ووجوبه في حقّ المرأة لقوله تعالى « ويدرأ عنهـا العذاب » والعذاب هو الحدّ كما تضمّنته الأخبار السابقة مثل رواية زرارة الواردة في تفسير الآية ، وغيرها من الأخبار ، وسنذكرها ، وقد تضمّنت ذلك الايجاب .

وعن أبي حنيفة : إن قذف الزوج يوجب اللعان ، فإن امتنع حبس حتّى يلاعن ، فإذا لاعن وجب عليها اللعان فإن امتنعت حبست حتّى تلاعن .

ويدلّ على هذا الحكم على مذهبنا رواية زرارة [٤] التي مرّ ذكرها في

---

(١) بصائر الدرجات ص٥٥٤ .

(٢) المحكم والمتشابه ص٧٦ .

(٣) والظاهر وقع سقط هنا وهو «التغليظ بالقول» بقرينة ترك الامر السادس .

(٤) التهذيب ج٨ ص١٨٤ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٨ ب١ ح٧ .

تفسير الآية حيث قال فيها « فإذا قذفها ثمّ أقرّ أنّه كذب عليها جلد الحدّ وردّت إليه امرأته. فإن أبى إلّا أن يمضي فيشهد عليها أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين والخامسة أن يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب ـ والعذاب هو الرجم ـ وشهدت أربع شهادات » وقال فيها أيضاً «فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحدّ » .

وفي صحيحة الفضيل (١) المتقدمة « فإن أبى أن يلاعنها جلد الحدّ وردّت إليه امرأته » وقال فيها « فإن أقرت رجمت ، وإن أرادت أن تدرأ عنها العذاب شهدت أربع شهادات بالله » .

و في مرسلة (٢) الفقيه المتقدمة « فإن نكلت رجمت ، فيكون الرجم من ورائها » وقال فيها أيضاً « فإذا كانت المرأة حبلى لم ترجم وإن لم تنكل درىء عنها الحدّ وهو الرجم » .

وفي خبر محمّد بن الفضيل (٣) عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه ، فقال : يردّ عليه ولده ، وقال: إذا كذّب نفسه جلد الحد » .وهذا وإن كان ظاهره عود الحدّ عليه إذا كذّب نفسه و لو بعد اللعان لكن يجب حمله على قبل اللعان كما حمله شيخ التهذيبين أو يحمل الحدّ فيه على التعزيز .

الثانية : أنّه يتعلّق بلعانهما معاً بالاجماع امور أربعة: الفرق فلاتصير فراشاً ولايغني عنه ذكر التحريم المؤبّد إذ تحرم مؤبّداً ولافراغ كالمفضاة قبل التسع والتحريم المؤبّد فلا تحلّ عليه أبداً ، وسقوط الحدّين عنهما ، وانتفاء الولدعن

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٧ ح٨ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٩ب١ح٨ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣٤٧ ح٣، الوسائل ج١٥ ص٥٨٧ب١ ح٣ .

(٣) التهذيب ج٨ ص١٩٤ح٤٠، الوسائل ج١٥ ص٦٠١ب٦ح٦ وفيهما «هل يرد عليه ولده ؟ فقال : اذا أكذب نفسه» .

الرجل إن كان نفاه دون المرأة ، و لو كان الزوج عبداً و شرط مولاه رقيّة الولد من زوجته الحرة و أجزنا الشرط كما هو المشهور أو على مذهب الاسكافي ففي حريّته اَولاً عن الأب لنفيه إشكال من انتفائه عنه شرعاً ، ومن أنّه حقّ لغير المتلاعنين فإنّه يؤثّر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفراش ظاهراً ، وكذا الاشكال في العكس إذا كانت الزوجة أمة و الزوج حراً لغير شرط الرقيّة مع انتفائه عنه شرعاً مع كونه نماءً مملوكة فيكون رقّاً لمالكها و من أنّ اللعان إنّما أثّر في انتفاء نسبه من الملاعن ، و أمّا تأثيره في الحريّة التي هي حقّ الله و حقّ الولد فغير معلوم مع تغليب الحريّة ، و لا تفتقر الفرقة فيه إلى تفريق الحاكم بينهما بل تحصل عندنا ، وكذا سائر الأحكام واللوازم بنفس اللعان .

وتدلّ على هذه الأحكام ماقدمناه من الأخبار وغيرها مثل قوله في رواية زرارة « وإن فعلت عن نفسها الحد ، ثمّ لاتحلّ له إلى يوم القيمة ، قلت :أرأيت إن فرق بينهما ولهما ولد فمات، قال : ترثه امّه ، وإن ماتت امّه ورثه أخواله».

وقال في صحيحة الفضيل « وإن لاعنها فرق بينهما ولن تحلّ له إلى يوم القيامة » وقال أيضاً فيها « فإن كان انتفى من ولدها الحق بأخواله » .

وقال في صحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج بعد ذكر الملاعنة بينهما في قضيّة النزول قال « ففرق بينهما وقال لهما : لاتجتمعا بنكاح أبداً بعدما تلاعنتما » .

وقال أيضاً في مرسلة الفقيه « ثمّ يفرق بينهما ولا تحلّ له أبداً » .

و قال في رواية تفسير النعماني و مرسلة القمّي في قضيّة عويمر بعد أن لاعن بينهما صلّى الله عليه وآله «اذهبا فلن تحلّ لك ولن تحلّي له أبداً » .

و قد تقدم في محرمات النكاح على سبيل التأبيد أخبار كثيرة من الصحاح وغيرها أنّ الملاعنة لا تحلّ له أبداً، ولا تحصل الفرقة عندنا بلعان الزوج خاصّة لتعليقه على التلاعن في الأخبار، بل هي مصرحة بردها إليه بعد إقامة الحدّ عليها

خلافاً لبعض العامّة ، فرتّب على لعانه وحدة الفرق والحرمة أبداً وانتفاء النسب .
و لو فرق بينهما قبل إكمال لعانهما كان التفريق لغواً عندنا و إن كان بعد لعان ثلاث مرات من كلّ منهما أربعة تمام لعانه وثلاث من لعانها أو بعد اختلال شيء من ألفاظ اللعان الواجبة خلافاً لأبي حنيفة فاكتفى بالأكثر .

الثالثة : فرقة اللعان عندنا فسخ لا طلاق لانتفاء ألفاظه خلافاً لأبي حنيفة، ولو كان طلاقاً لوجبت فيه ألفاظه و اعتبرت شرائطه من الطهر والسلامة من الحيض وشهادة الشاهدين ولم تحرم مؤبّداً ابتداءً ، ولا يعود الفراش عندنا لو أكذب نفسه بعد كمال اللعان لاعلان النصوص بزواله بالتلاعن وخصوص صحيحة الحلبي[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الملاعنة التي يرميها زوجها وينتفي من ولدها ويلاعنها ويفارقها ثمّ يقول بعد ذلك الولد ولدي ويكذّب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا ترجع إليه أبداً ، وأمّا الولد فإنّي أردّه إليه إذا ادعاه » .

و خبر محمّد بن الفضيل[2] عن أبي عبدالله عليه السلام و قد تقدم عن قريب ، و فيه « أنّه إذا أكذب نفسه جلد الحدّ وردّ عليه ابنه ولا ترجع إليه امرأته أبداً » .

وخبر أبي الصباح الكناني[3] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه بعد الملاعنة وزعم أنّ الولد ولده، قال: لا ولا كرامة ، لا يردّ عليه ولا تحلّ له إلى يوم القيامة » وحمل الشيخ عدم ردّ الولد لما ثبت من ردّه عليه بالرجوع على الردّ الصحيح من الطرفين بحيث يتوارثان، و ليس كذلك هنا كما سيجيء .

وخبر أبي بصير[4] عن أبي عبدالله عليه السلام وفيه بعد السؤال عن ولد الملاعنة ومن

(١) التهذيب ج٨ ص١٨٧ ح٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٩ ب٦ ح١ .
(٢) التهذيب ج٨ ص١٩٤ ح٤٠ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠١ ب٦ ح٦ وفيهما « عن أبي الحسن عليه السلام » .
(٣) التهذيب ج٨ ص١٩٤ ح٣٩ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠١ ب٦ ح٥ .
(٤) التهذيب ج٨ ص١٩٥ ح٤٤ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠١ ب٦ ح٧ .

يرثه « قلت : أرأيت إن ادعاه أبوه بعدما لاعنها ، فقال : أرده عليه و لاتحلّ له امّه إلى يوم القيامة » فلا يحلّ له بتكذيبه نفسه تجديد العقد عليها لصراحة الأخبار بالتأبيد خلافاً لأبي حنيفة .

الرابعة : لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل عنه أو عن إتمامه ثبت عليه الحدّ بالقذف ولم يثبت شيء من أحكام اللعان من سقوط الحدّ عنه والأحكام الباقية.

ففي صحيحة علي بن جعفر [(١)] عن أخيه موسى عليه السلام «قال : سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثمّ نكل في الخامسة ، قال : إن نكل في الخامسة فهي امرأته وجلد الحد ، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك » .

و موثّقة عبّاد بن صهيب [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أوقفه الامام للّعان، فشهد شهادتين ثمّ نكل وأكذب نفسه قبل ان يفرغ من اللعان، قال: يجلد حدّ القاذف ولا يفرق بينه وبين امرأته » .

و صحيحة الحلبي [(٣)] عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث « سئل عن الرجل يقذف امرأته ،قال : يلاعنها ثمّ يفرق بينهما فلا تحلّ له أبداً، فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنة جلد حداً وهي امرأته » .

الخامسة : لو أكذب نفسه بعد اللعان سقط الحدّ و بقيت هي على التحريم المؤبّد ولحق به الولد لأخذه بإقراره ، لكن فيما له لا قراره أولًا بالانتفاء منه ، ولذا يرثه الولد ولايرثه الأب و لا من يتقرب به ، وترثه الامّ ومن يتقرب بها أكذب نفسه أم لا .

و في صحيحة الحلبي المتقدمة وغيرها من الأخبار التي قدمناها « أمّا الولد

---

(١) الكافي ج ٦ ص١٦٥ ح ١٢ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٢ ب٣ ح٣ وفيهما « عن أخيه أبي الحسن » .

(٢) و(٣) الكافي ج٦ ص١٦٣ ح٥و٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٩٢ ب٣ ح١و٢ .

فإنّي أردّه إليه إذا ادعاه ولا أدع ولده وليس له ميراث ، ويرث الابن الأب ولا يرث الأب الابن ، يكون ميراثه لأخواله ، فإن لم يدعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه ولا يرثهم » إلى غير ذلك من الأخبار و هي كثيرة .

و قوله عليه السلام « و لا يرثهم » موافق لعدة من الأخبار ، و قد عمل بها الشيخ و جماعة . و في عدة اخرى « يرثونه و يرثهم » و عمل عليها المشهور ، و تحقيق ذلك سيجيء في الميراث .

أمكن في ثبوت الحدّ عليه بالتكذيب بعد اللعان قولان لاختلاف الروايات، ففي صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها و أنكر ما في بطنها ، فلمّا وضعت ادعاه وأقرّ به وزعم أنّه منه ، فقال: يردّ عليه ابنه ويرثه ولا يجلد لأنّ اللعان قد مضى » وكذا جاء في خبرين آخرين للحلبي من الحسن والآخر من الموثّق أو من الضعيف، وهذا خيرة النهاية والتهذيب .

وفي خبر محمّد بن الفضيل (٢) « أنّه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه هل يردّ عليه ولدها ؟ قال : إذا أكذب نفسه جلد الحدّ ويردّ عليه ابنه ولا ترجع إليه امرأته » .

وقد اختار هذا المذهب شيخنا في المقنعة و المبسوط و استقربه العلّامة في القواعد لما فيه من زيادة هتكها و تكرار قذفها وظهور كذب لعانه مع أنّه ثبت عليه الحدّ بالقذف ، فيستصحب إلى أن يعلم المزيل و لا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه ، والأخبار الاولة إنّما نفت الحدّ إذا أكذب فيما رماها به من الزنا كما هو صريح المبسوط ، وفيه نظر ، لما عرفت من أنّ تلك الصحاح إنّما نفت الحدّ عنه لمكان اللعان ، فلامعنى لهذا التخصيص ، فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال لي

(١) الكافي ج٦ ص١٦٥ ح١٣ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٠ ب٦ ح٣ .
(٢) التهذيب ج٨ ص١٩٤ ح٤٠ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠١ ب٦ ح٦ .

بيّنة اقيمها أو لاعن ثانياً لم يقبل منه، لأنّ البيّنة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقرّ بكذب نفسه، والعقلاء مأخوذون بإقرارهم على أنفسهم، والبيّنة إنّما تسمع إذا لم يكذبها قوله أو فعله ، و لو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه كما لو اعترف به في حياته ثمّ مات ، ولا يفيد هذا الاعتراف في حقّ الولد شيئاً ، ولو لم يكذب نفسه ولا لاعن ثبت عليه الحدّ كما سمعت، فإن اقيم عليه بعضه فبذل اللعان اجيب إليه الخبر «ادرأوا الحدّ بالشبهات» و كما أنّ اللعان يدرأ تمام الحدّ فأولى أن يدرأ بعضه .

السادسة :لو قذفها فأقرت قبل اللعان سقط الحدّ عنه بالمرة ولا يجب عليها الحدّ إلّا بأربع مرات ولو كان هنا نسب لم ينتف إلّا باللعان، وللزوج أن يلاعن بنفيه على إشكال إن لم تدّع الزوجة النسب فإنّه لا ينافي الاقرار بالزنا ، واذا ادعته فلا إشكال في ثبوت اللعان وإنما يشكل الأمر إذا صادقته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل واحتمال الأمرين .

فعلى هذا إذا تصادقا على الزنا وعلى كون الولد ليس منه لا يوجب نفي النسب لثبوته بالفراش ، و تصادقهما إقرار في حقّ الغير ، فلا يؤثر سقوط اللعان للقذف سقوطه للنسب . ومنشأ الاشكال كون اللعان على خلاف الأصل ولم يظهر لنا ثبوته إلّا إذا تكاذبا ، ولا تكاذب هنا ، ومن أنّه إذا علم انتفاء الولد منه وجب عليه نفيه ، ولا طريق إلى انتفائه إلّا اللعان و الصبر إلى بلوغ الولد ، و اللعان معه لا يجوز إذ ربما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكّن من اللعان، وحينئذٍ إنما يلتعن الزوج لأنّها لا يمكنها الالتعان، ولو قذفها فاعترفت ثمّ أنكرت فأقام شاهدين على اعترافها ففي القبول بها أو بالأربعة إشكال من عموم قوله تعالى « و الذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء » (١) وأنّ الغرض إثبات الزنا لهتك العرض ودفع الحدّ واللعان عنه ، وهو خيرة المختلف والمبسوط هنا ،

(١) سورة النور ــ آية ٤ .

وفيه أيضا أنّه مذهبنا أقرّ به القبول بها لأنّه شهادة على الاقرار لا الزنا ، وهو خيرة السرائر والخلاف وموضع آخر من المبسوط لكنّه إنّما يقبل في سقوط الحدّ عنه إذ يكفى فيه ثبوت الاقرار لا في ثبوت الحدّ عليها ، فإنّه لايثبت إلّا بثبوت الزنا ولا يثبت إلّا بأربعة شهود أو الاقرار أربعاً .

السابعة : لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث لعدم التلاعن الموجب للبينونة وعليه الحدّ للوارث لأنّه حقّ آدميّ وحقوق الآدميّين تورث اه وله دفعه باللعان ، وفاقاً للشيخ وجماعة ، و لعلّهم أرادوا بـه التعانه فإنّه ربما لا يكون للوارث الالتعان فإنّه يمكنه إذا قذفها بمحصور يمكن الوارث العلم بكذبه والدليل على جواز دفعه باللعان لأنّه لاتعلّق بسقوط الحدّ بالتعان الزوجة ليفوت بموتها وإنّما يتعلّق بالتعانه فله الدفع به .

وفي النهاية والخلاف إنّه لو لاعنه رجل من أهلها فلا ميراث له ولا حدّ عليه للاجماع المدعى في الخلاف ولخبر أبي بصير (١) كما في التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل قذف امرأته وهي في قرية من القرى، فقال السلطان: ما لي بهذا علم عليكم بالكوفة، فجاءت إلى القاضي لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا، فقالوا هؤلاء: لا ميراث لك، فقال أبوعبدالله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا ميراث له، فإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها » .

وخبر عمرو بن خالد بن زيد بن علي (٢) عن آبائه عن علي عليهم السلام «في رجل قذف فخرج فجاء وقد توفّيت ، فقال : يخيّر واحدة من اثنتين ، فيقال لـه : إن شئت التزمت نفسك بالذنب فيقام فيك الحدّ فتعطى الميراث ، وإن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها فلا ميراث لك » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٠ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٨ ب١٥ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص ١٩٤ ح٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ ح٢ وفيهما « قذف امرأته ثم خرج » مع اختلاف يسير .

والأقرب وفاقاً للسرائر والمبسوط لا لعان بينه وبين الوارث لأنّه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين، والخبران ضعيفان يمكن ورودهما مورد التقيّة فيثبت الميراث وإن لاعن الوارث لعموم آية الارث، وإنّما علم سقوطه لتلاعن الزوجين ولو ماتت قبل إكمال لعانها، شرعت فيه أم لا، فهو كالموت قبل اللعان في الميراث لعدم التلاعن.

ويأتي على قول النهاية ومقتضى هذين الخبرين أنّه إن أقام الوارث مقامها ولاعن انتفى الارث، ولو مات حينئذٍ ورثت.

الثامنة: لو قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به ـ أعني بعين ما قذفها به أولاً ـ ففي الخلاف والمبسوط لاحدّ عليه لاتّحاد القذف وإن تكرر لفظه فإنّما هو تأكيد، ولأصالة البراءة وللاجماع المنقول في الخلاف، والأقرب ما ذهب إليه المحقّق من ثبوت الحدّ لتعدد القذف وإن اتّحد المقذوف به، وكذا الخلاف لو تلاعنا، والأقرب سقوطه وفاقاً للشيخ والمحقّق لأنّ اللعان بمنزلة البيّنة والاقرار والنكول، ويحتمل ثبوت الحدّ لعموم الآية وانتفاء دليل على السقوط، فإنّ اللعان إنّما أسقط الحدّ بالقذف السابق ولم يسقط المقذوف به بالبيّنة ولا بالاقرار.

ويدلّ على الحكم الأول وثبوت الحدّ ثانياً صحيحة شعيب[1] عن أبي عبدالله عليه‌السلام كما في الكافي والتهذيب «قال: سألته عن رجل قذف امرأته فتلاعنا ثمّ قذفها بعدما تفرقا أيضاً بالزنا، عليه حد؟ قال: نعم عليه حد».

أمّا لو قذفها به الأجنبي فإنّه يحدّ لأنّ اللعان حجّة تختصّ بالزوج، وإنّما تسقط الحصانة في حقّه وإن صار فيها باللعان أجنبيّاً. ولو قذفها فأقرت ولو مرّة ثمّ قذفها به الزوج أو الأجنبي فلا حدّ لأنّها بإقرارها أسقطت الحصانة والحد، والعقلاء يؤخذون بإقرارهم. ولو لاعنها فنكلت ثمّ قذفها الأجنبي به

(١) الكافي ج٧ ص٢١٢ ح١٠ وفيه «أعليه»، التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح٤٧، الوسائل ج١٥ ص٦١١ ب١٨ ح١ وما في المصادر «عن شعيب عن أبي بصير».

ففي المبسوط والخلاف لا حدّ أيضاً لأنّ اللعان والنكول كالبيّنة، ولا حدّ في القذف لما ثبت بالبيّنة، والأقرب وفاقاً للمحقق ثبوته لعموم آية الرمي ومنع سقوط الحصانة مطلقاً.

التاسعة : إذا كانت المرأة غير برزة لا تخرج إلى مجالس الرجال أنفذ الحاكم إليها من يستوفي الشهادات عليها في منزلها ولم يكلّفها الخروج، وكذا لو كانت حائضاً واللعان في المسجد.

وفي المبسوط : ويستحبّ أن يبعث معه بأربعة شهود أو ثلاثة لقوله تعالى «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين». وروى أصحابنا ـ كما سيجيء في الحدود ـ أنّ أقلّه واحد، وهذا بناءٌ على عدم حضورهما معاً، فلو لاعن في المسجد وهي على بابه من خارج أو في منزلها جاز، إلّا على القول الأظهر من قيامهما عند الحاكم واشتراط حضورهما كما اقتضته الأدلّة التي قدمناها في آية النزول، وكذلك ماقدمنا من وجوب قيامها عند الحاكم عند لعان كلّ منهما.

العاشرة : اختلف في اللعان هل هو أيمان أو شهادات؟ فذهب الشيخ وجماعة بل هو المشهور إلى الأول لصحّته من الفاسق والكافر لقوله تعالى « بالله إنّه لمن الصادقين » وقولها «بالله إنّه لمن الكاذبين» ولأن كلّاً منهما يلاعن لنفسه ولم يشهد شهادة أحد لنفسه ولأنّه لامعنى لكونه من المرأة شهادة وكذا منه، ولصحّته من الأعمى لو اتّفقت له المشاهدة قبل العمى، ولو كان من الشهادات لم يصحّ منه حال عمائه.

وخالف ابن الجنيد فجعله من الشهادات وفاقاً للعامّة، لظاهر قوله تعالى « فشهادة أحدهم أربع شهادات » الآية، ولخبر محمّد بن سليمان الديلمي[1] المتقدم مراراً بطرق عديدة حيث «سأل الجواد عليه السلام: كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ فكيف لا يجوز لغيره وصار إذا قذفها غير الزوج جلد الحدّ ولو كان ولداً أو أخاً؟ فقال : قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا فقال :

(١) التهذيب ج٨ ص١٩٢ ح٢٩، الوسائل ج١٥ ص٥٩٤ ب٤ ح٥ و٦ وفيهما اختلاف.

ألا ترى إذا قذف الزوج امرأته قيل له: كيف علمت أنّها فاعلة؟ قال: رأيت ذلك منها يعني (١) كانت شهادته أربع شهادات بالله، وذلك أنّه قد يجوز للزوج أن يدخل المدخل التي لاتصلح لغيره أن يدخلها ولا يشهدها ولد ولا والد في الليل والنهار، ولذلك صارت شهادته أربع شهادات» وساق الحديث إلى أن قال: «وإنّما صارت شهادة الزوج أربع شهادات لمكان أربع شهداء كان مكان كلّ شاهدين».

وللأخبار الناطقة بلفظ الشهادة كقوله صلى الله عليه وآله للرجل: اشهد أربع شهادات بالله إنّك لمن الصادقين فيما رميتها به، و للمرأة: اشهدي أربع شهادات بالله إنّ زوجك لمن الكاذبين.

وقول الصادق عليه السلام فيما مضى من الأخبار كخبر السكوني وخبر الخصال وخبر الجعفريّات وخبر الحسين بن علوان في قرب الأسناد: ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاعنة ـ إلى قوله ـ والمجلود في الفرية لأنّ الله تعالى يقول «لاتقبلوا لهم شهادة أبداً» ولوجوب التصريح بلفظ الشهادة ولأنّه يدرأ الحدّ ولاشيء من اليمين، كذلك لأنّ الله تعالى يقول « ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً » ولأنّه إن نكل عنه ثمّ عاد إليه مكّن واليمين ليست كذلك.

و الجواب عن هذا كلّه أنّ لفظ الشهادة في الأصل حقيقة عرفيّة أو مجاز مشهود في اليمين، وقد جاء التعبير في هذه الشهادات باليمين أيضاً، ولمخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام. وخبر النفي عن خمس وأزواجهنّ مع كونها ضعيفة الأسناد ليست نصّاً في كون اللعان شهادة بل الذي ينصّ عليه أنّه لاتقبل الشهادة منه عليها بالزنا وإن أكّده باللعان.

الحادية عشرة: أنّه إذا قذف الزوجة توجّه وجوب الحدّ عليه كما سمعت أنّه لايسقطه باللعان ولايجب عليه اللعان هنا ولايطالبه أحد بأحدهما ـ أعني البيّنة أو اللعان ـ إلّا الزوجة فإنّ الحدّ حقّ لها واللعان لاسقاطه. نعم لوارثها

(١) في المصدرين « بعيني ».

المطالبة بالحدّ، وقيل باللعان أيضاً كما سبق بعد موتها وعدم استيفائها له لما عرفت من الانتقال بالارث لهم ولو أراد اللعان هو من غير مطالبة لم يكن له ذلك عندنا إن لم يكن لنسب يريد نفيه. ولو طلب نفي النسب احتمل أن يلاعن بينهما الحاكم بأن يطلب المرأة باللعان لانحصار طريق انتفاء النسب فيه، واحتمل عدمه لأنّه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين.

وأمّا قصّة حكم نزول اللعان كما سمعت وأنّه أتاه عليه السلام فرماها فأمره بأن يأتي بزوجته فلا دلالة فيها على الابتداء باللعان من غير طلبها، وإنّما دلّت على إحضارها مجلس الحكم.

المقصد الرابع: في اللواحق

الاول: لو شهد الشاهدان متّهمان بقذفه الزوجة لم تقبل لمكان التهمة. فإن خرجا من التهمة ثمّ أعادا الشهادة لم تقبل أيضاً لأنّها ردت التهمة فلاتقبل بعد.

ولو ادعيا قذفها خاصّة ثمّ زالت التهمة والعداوة كأن مضت مدة عرف صلاح الحال بينهم ثمّ شهدا بقذف زوجة اخرى قبلت لأنّها لم يردا في هذه الشهادة.

ولو شهدا بقذف زوجة ثمّ ادعيا قذفه لهما فإن أضافا الدعوة إلى ما قبل الشهادة بطلت لاعترافهما بأنّه كان عدوّاً لهما حين الشهادة، وإن لم يضيفاها إليه فإن كان ذلك قبل الحكم لم يحكم لأنّه لايحكم بشهادة أحد عدوين على آخر، وإن كان بعده لم يبطل لأنّه لم يظهر تقدم العداوة على الحكم.

ولو شهدا عليه أنّه قذف زوجته وامّه بطلت في حقّ الام للتهمة، وببطلانها بطلت بالكلّيّة لأنّها إذا ردت في البعض للتهمة ردت للجميع كما كانت تردّ شهادتهما بقذفها وقذف الزوجة.

وفي المبسوط: فإنّ شهادتهما لامّهما عندنا تقبل وعندهم لاتقبل لأنّه متّهم في حقّ الام وشهادتهما في حقّ الزوجة غير متّهم فتقبل، ولو شهد أحدهما أنّه أقرّ

بالقذف والاقرار بالعربيّة والآخر أنّه أقرّ بغير ذلك بالعجميّة أو في وقتين بأن شهد أحدهما بإقراره يوم الخميس وآخر به يوم الجمعة قلت: لاتّحاد مقرّ به .

واو شهدا بالقذف كذلك بطلت لأنّ ماشهد به أحدهما غير ماشهد به الآخر ولم يستكمل شيء من القذفين عدد البيّنة .

الثاني : لو ولدت توأمين بينهما أقلّ من ستّة أشهر واستلحق أحدهما لحقه الآخر ولا يقبل نفيه لأنّهما في حكم الولد الواحد ، حتّى أنّه لو كان نفى الأول ثمّ استلحق الثاني لحقه الأول أيضاً، وكذا لو نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه، لأنّه لمّا سكت عن الآخر لحقه واستلزم لحوق الآخر .

ولو ولدت الأول فنفاه باللعان ثمّ ولدت الآخر لأقلّ من ستّة أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال من الحكم بإنتفاء الأول باللعان، وهذا يستلزم انتفاء الثاني مع أصل البراءة من اللعان ثانياً ومن أصل اللحوق إلّا مع التصريح بالنفي واللعان وعدم الاكتفاء بالالتزام ، وهذا خبر شيخ المبسوط .

وإن أقرّ بالثاني لحقه وتبعه الأول أيضاً لاستلزام لحوقه به كما عرفت وهو لايرث الأول لانكاره أولاً ، فيكون بمنزلة من أقرّ به بعد اللعان .

وهل يرث الثاني ؟ إشكال من استلزام انتفائه من الأول انتفاءه من الثاني ، فكأنّه أقرّ بأنّه لايرث منه كما أقرّ به من الأول، ومن أنّه لاعبرة بنفي النسب بالالتزام، والأصل اللحوق والتوارث، ولو كان بينهما ستّة أشهر فصاعداً كان لكلّ واحد حكم نفيه لامكان تعدد الحمل ، فلا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر ولانفيه نفيه، فإن لاعن الأول بعد وضعه واستلحق الثاني أو ترك نفيه الحق به وإن كان قد بانت امّه من الزوج باللعان لامكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان، ولو لاعنها قبل وضع الأول فأتت بآخر بعد ستّة أشهر لم يلحقه الثاني لأنّها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول ، فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده ، وذكرنا انقضاء العدة لتأكيد الحجّة وإلّا فهذه العدة كعدة الطلاق البائن . ولو مات أحد

التوأمين قبل اللعان لنفيهما فله أن يلاعن لنفيهما خلافاً لبعض العامّة .

الثالث : القذف قد يجب وذلك بأن يرى امرأته قد زنت في طهر لم يطأها فيه فإنّه يلزمه حذراً من اختلاط الماءين واعتزالها حتّى تنقضي العدة أي عدة الحمل بالوضع وهو مضيّ أقصاها، فإن أتت بولد لستّة أشهر من حين الزنا ولأكثر من أقصى مدة الحمل من وطئه لزمه نفيه ليتخلّص من الالحاق المستلزم للتوارث وللنظر إلى بناته وأخواته .

ويلزم إذا رأى منها الزنا أن يقذفها بالزنا مبادرة إلى نفي من يحتمل ولادتها له إذ ربما لا يتمكّن من اللعان إذا ولدت فيلحق به الولد .

الرابع : لو أقرت بالزنا وظنّ صدقها فالأقرب أنّه لا يجب القذف وإن أقرت أربعاً للأصل ولعدم العلم وانتفاء المشاهدة، ولأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة ولا يتعلّقان إلّا بمعلوم ويحتمل الوجوب لثبوت العلم الشرعي بالاقرار فيجب القذف لقطع امتزاج الماءين، ولا يحلّ له القذف بدون الرؤية إن شاء أنّ فلاناً يزني بها وإن وجدهما مجردين ، خلافاً للعامّة فلهم قول بالحلّ إذا غلب الظنّ أو بإخبار ثقة يسكن إلى قوله .

وإذا عرف انتفاء الحمل منه لاختلال بعض شرائط الالحاق به وجب الانكار كما قدمناه لك وإن لم يرها تزني، ولا قذفها بالزنا للتخلّص من الالحاق المستلزم للتوارث والنظر إلى بناته وأخواته كما تقدم، ويمكن فهم وجوب النفي من قوله عليه السلام «أيّما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شيء ولا أن يدخلها جنّته» .

الخامس: لا يحلّ الانكار للشبهة والظنّ بعد ثبوت النسب كما لا يحلّ القذف لذلك و لا لمخالفة صفة الولد صفات الواطيء حتّى لو كان من الأمة و شكّ في وطئها المتفرع عنه الولد إصغاءً لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « الولد للفراش و للعاهر الحجر» ولما عرفت من التشديد والتخويف من عقوبة من نفى من يمكن انتسابه له.

ففي كتاب إكمال الدين عن أبي طاهر البلالي [١] « قال : كتب جعفر بن حمدان وخرجت إليه هذه المسائل : استحللت بجارية وشرطت عليها أن لا أطلب ولدها ولم الزمها منزلي ، فلمّا أتى لذلك مدة قالت لي: قد حبلت، ثمّ أتت بولد فلم أنكره» وساق الحديث إلى أن قال: «فخرج جوابها من صاحب الزمان عليه السلام: وأمّا الرجل الذي استحلّ بالجارية وشرط عليها أن لا يطلب ولدها، فسبحان من لا شريك له في قدرته ، شرطه على الجارية شرط على الله تعالى ، هذا ما لا يؤمن أن يكون وحيث عرضاله في هذا الشكّ وليس يعرف الوقت الذي أتاها فليس ذلك بموجب للبراءة من ولده» .

وفي خبر عبدالله بن سنان [٢] المرسل عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام «قال : أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : هذه ابنة عمّي وأمرأتي لا أعلم منها إلّا خيراً و قد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط أفطس الأنف لا أعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي ، فقال لامرأته : ما تقولين؟ قالت: لا، والذي بعثك بالحقّ نبيّاً ما أقعدت مقعده منّي منذ ملكني غيره، قال : فنكس رأسه رسول الله صلى الله عليه وآله مليّاً ثمّ رفع رأسه إلى السماء ثمّ أقبل على الرجل فقال : يا هذا إنّه ليس من أحد إلّا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرقاً كلّها تضرب في النسب ، فإذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها ، فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك و لا أجداد أجدادك ، خذي إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرجت عنّي يارسول الله صلى الله عليه وآله» .

وفي خبر ابن مسكان [٣] عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله « قال : إنّ رجلاً أتى بامرأته إلى عمر فقال : إنّ امرأتي هذه سوداء وأنا أسود وأنّها ولدت غلاماً

(١) كمال الدين ص٥٠٠ ح٢٥ طبع مؤسسة النشر الاسلامى وفيه اختلاف يسير .

(٢) الكافى ج٥ ص٥٦١ ح٢٣ ؛ الوسائل ج١٥ ص٢١٨ ب١٠٥ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافى ج٥ ص٥٦٦ ح٤٦ ؛ الوسائل ج١٥ ص٢١٩ ب١٠٥ ح٢ .

أبيض ، فقال لمن بحضرته : ماترون ؟ قالوا : نرى أن ترجمها فإنّها سوداء وزوجها أسود وولدها أبيض ، قال : فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجّه بها لترجم فقال : ما حالكما ؟ فحدّثاه، فقال للأسود : أتتّهم امرأتك ؟ فقال: لا ، قال : أفأتيتها وهي طامث ، قال : قد قالت لي ليلة من الليالي أنا طامث فظننت أنّها تتّقي البرد فوقعت عليها ، فقال للمرأة : هل أتاك و أنت طامث ؟ قالت : نعم سله قد حرّجت عليه وأبيت ، قال : فانطلقا فإنّه ابنكما فإنّما غلب الدم النطفة فابيضّ ولو قد تحرك اسود، فلمّا أيفع اسود » .

وفي الفقيه [1] مرسلاً « قال : قال النبي صلى الله عليه وآله : من نعم الله على الرجل أن يشبهه ولده » .

« قال : [2] و قال الصادق عليه السلام: إنّ الله تعالى إذا أراد أن يخلق خلقاً جمع كلّ صورة بينه وبين آدم ثمّ خلقه على صورة إحداهن ، فلايقول أحد كم لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئاً من آبائي » .

وقد جاء تحريم انتفاء النسب على سبيل المبالغة والتغليظ ، ففي موثّقة أبي بصير [3] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : كفر بالله من تبرأ من نسب وإن دقّ » .

ومثلها موثقّة ليث المرادي [4] .

وفي مستفيضة ابن فضّال [5] عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام « أنّهما قالا : كفر بالله العظيم من انتفى من حسب وإن دقّ » .

السادس : لا تجوز الملاعنة بين الزوج والزوجة إذا كان مجاوداً في القرية ، وقد تقدم في ذلك خبر السكوني وخبر الخصال وخبر الجعفريّات وخبر قرب الأسناد

---

(١) الفقيه ج٣ ص٣١٢ ح٢٢ ، الوسائل ج١٥ ص٢١٩ ب١٠٥ ح٣ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٣١٢ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص٢١٩ ب١٠٥ ح٦ وفيهما «فلا يقولن أحد» .

(٣) الكافي ج٢ ص٣٥٠ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٢٢١ ب١٠٧ ح١ .

(٤) الكافي ج٢ ص٣٥٠ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٢٢٢ ب١٠٧ ذيل ح١ .

(٥) الكافي ج٢ ص٣٥٠ ح٣ وفيه «الانتفاء»، الوسائل ج١٥ ص٢٢٢ ب١٠٧ ح٢ .

حيث قال في جميعها: ولا المجلود في الفرية لأنّ الله تعالى يقول «ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً» هكذا أفتى به ابن الجنيد و تبعه محدّث الوسائل، والمشهور على رده، حيث إنّ اللعان ليس بشهادة على الحقيقة فتتوجّه التقيّة في هذه الأخبار كما سمعت سابقاً .

السابع : يثبت الحدّ على قاذف اللقيط وابن الملاعنة لبراءة ساحته من المقذوف به لملاعنة امّه إيّاه ودرئها العذاب عنها بذلك .

ويدلّ عليه من النصوص بالخصوص مرسلة الحسن بن محبوب [(١)] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال في قاذف اللقيط : يحدّ ويحدّ قاذف ابن الملاعنة » .

تتمة

يستحبّ التباعد من مجلس المتلاعنين عند اللعان إلّا لمن امر بشهادته، لما رواه محمّد بن الحسن الطوسي [(٢)] في مجالسه عن زريق عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إذا تلاعن اثنان فتباعد منهما فإنّ ذلك مجلس تنفر منه الملائكة، ثمّ قال :اللّهمّ لاتجعل إليّ منهما مساغاً ، واجعلهما برأس من يكايد دينك ويضادّ وليّك ويسعى في الأرض فساداً » .

ولحبس جري القلم في تتمّة هذا المجلّد الأتمّ من مجلّدات شيخنا الأفخم وهو المجلّد العاشر [(٣)] من كتابه الموسوم بالحدائق الناضرة ، متّعه الله بثمارها في الجنان ، وأسبل عليه رواشحها الماطرة في السرّ والعيان ، ونسأل الله سبحانه أن يوفّقنا لاتمام مجلّداتها القاصرة وأن ينجّيها من العيوب والنقصان ، وأن يعاملنا بالامداد من ألطافه ما يكون لنا وسيلة في البيان والتبيان ، إنّه كريم منّان ، وعوائده الفضل والاحسان .

---

(١) التهذيب ج٨ ص١٩١ ح٢٨ ، الوسائل ج١٥ ص٦٠٩ ب١٦ ح١ وفيهما «يحد قاذف اللقيط ويحد قاذف ابن الملاعنة» .

(٢) أمالي الشيخ الطوسي ج٢ ص ٣١١ طبع النجف الاشرف ، الوسائل ج١٥ ص٦١١ ب١٩ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) حسب تجزئة صاحب الحدائق ـ قدس سره ـ .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله الذي أتمّ علينا نعمته بإتمام الدين و إكمال النعمة بما أفاض علينا من رواشح جوده الغزار ، ودفع عنّا علائق عوائق ما يوجب النقمة في دار البوار ، والصلاة والسلام على محمد و آله الغارسين لحدائق علوم الله وتلك الأسرار ، والمحيين لما دثر من رسوم ساحة قواعدالدين في جميع الأعصار .

وبعد ، فيقول أفقر عباد الله لربّه الغفّار : إنّي لّما أوصى عليّ والدي الروحاني وشقيق والدي الروحاني والجسماني في إجازته إليّ المفصّلة بأن اتمّم ما نقص من مؤلّفاته واشيّد ما نقص من تلك المباني والمعاني ، فنظرت لقصود همّتي عن تجشّم هذه اللجّة التي تعجز عن سياحتها العلماء السابقون من القاضي والداني ، ويقف جواد شأوهم عن الجري في ميدان رهان قصبات حلبتهم عن نيل تلك الأماني ، قعدت كما قعد من له القدح المعلّى والنصيب الأوفر في تشييد منازل هذه المعاني ، ثمّ طفقت أنظر لما أوصى به عليّ وأنّها واجبة الامتثال لايجوز أن ينثني عنها ثاني ، ولايحيدني عنها محيدمحبّ ولاشاني ، فجردت حسام عزيمتي وأغمضت النظر عن قصوري ونقصاني ، وامتثلت ماجاء عن الأئمّة المعصومين عليهم السلام من الخبر المأثور أنّه لايسقط الميسور بالمعسور فهتف بي ذلك ونادانى أن شمّر الذيل واسهر الليل وتدارك مابقي من العمر بصرفه في هذه المقاصد فإنّ

الأعمار مشرفة للموت على التداني ، فاستعنت بالله وبالأئمة المعصومين عليهم السلام على إكمال أعز كتبه وأجمعها للمعاني والألفاظ والمباني ولأحكام الله المقرونة بالبراهين والدقائق وهي الباهرة ، وهو كتابه الموسوم بـ « الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة » فكملت ما نقص من الجزء العاشر من أجزائها وهو كتاب الظهار إلى آخر ذلك الجزء المختوم بكتاب اللعان ، ثم شرعت في هذا الجزء وهو الجزء الحادي عشر حيث إنها مجزية من مؤلفها على أربعة عشر جزءً سالكاً فيها ترتيب كتاب الشرايع للمحقق - قدس الله روحه و تابع فتوحه - فبقيت على مجراه الذي بنى عليه جارياً مبتدئاً ومنتهياً إلى أن نصل إلى ختامه ويوفقنا الله إلى إتمامه ، وقد وسمت هذه الأجزاء الباقية بـ « عيون الحقائق الناظرة في تتمة الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة » مستعيناً بمفيض الخيرات والنعم الخفية والظاهرة ومستشفعاً بمحمد وآله العترة الفاخرة والحجج الغامرة والسحائب الماطرة للرحمة الناشرة و النعمة الزاهرة ، فها أنا أقول :

كتاب العتق

وهو بالفتح مصدر وبالكسر اسم للمصدر، وهما لغةً الخلوص ومنه سمّي البيت الشريف عتيقاً والخيل الجياد عتاقاً ،وشرعاً خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرقّ بالنسبة إلى مطلق العتق و بالنسبة إلى المباشرة الذي هو مقصود الكتاب الذاتي تخلّص الآدمي أو بعضه من الرقّ منجزاً بصيغة مخصوصة ، وهو مشتمل على مقاصد ومباحث :

المقصد الاول

في بيان فضله وشرفه وثمرته

وفضله ورجحانه ، متّفق عليه كتاباً وسنّةً وإجماعاً من جميع فرق الاسلام، وقد روت العامّة و الخاصّة مستفيضاً بل متواتراً عنه صلى الله عليه وآله و أنّه قال: من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضوٍ عضواً له من النار. وقد اتّفق أهل الاسلام على صحّة هذه الرواية لكنّها قد جاءت بعبارات مختلفة .

أمّا ما جاء من طريقنا عن أئمّتنا عليهم السلام فهي كثيرة بالغة حدّ التواتر المعنوي فمنها صحيحة معاوية بن عمّار وحفص بن البختري (١) كما في التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه قال في الرجل يعتق المملوكة ، قال : يعتق الله عزّ وجلّ بكلّ عضوٍ منه عضواً من النار » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢ ب ١ ح١ وفيهما «يعتق المملوك» .

وصحيحة الحلبي ومعاوية بن عمّار وحفص بن البختري [١] كلّهم عن أبي عبدالله عليه السلام نحوه.

وصحيحة ربعي بن عبدالله عن زرارة [٢] عن أبي جعفر عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله :من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبّار بكلّ عضو منه عضواً من النار».

وصحيحته الاخرى عن زرارة [٣] أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام مثله إلّا أنّه أسقط « العزيز الجبّار » .

وخبر بشير النبّال [٤] «قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: من أعتق نسمة صالحة لوجه الله كفّر عنه مكان كلّ عضو منه عضواً من النار» .

وموثّقة سماعة [٥] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مسلماً أعتق الله بكلّ عضو منه عضواً من النار » .

وخبر الحكم بن أبي نعيم [٦] كما في أمالي محمّد بن الحسن الطوسي « قال : سمعت فاطمة بنت علي تحدّث عن أبيها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أعتق رقبة مؤمنة كان له بكلّ عضو فكاك عضو منه من النار» .

وخبر محمّد بن جمهور [٧] المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث « إنّ فاطمة بنت أسد قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوماً: إنّي اريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكلّ عضو منها عضواً منك من النار » .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٠ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٢ ب١ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣ ب١ ح٢ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٨٠ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣ ب١ ح٢ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٨٠ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص٤ ب١ ح٤ وفيهما «كفر الله عنه».

(٥) ثواب الاعمال ص١٦٦ ح١، الوسائل ج١٦ ص٤ ب١ ح٧.

(٦) أمالي الطوسي ج٢ ص٤ طبع النجف الاشرف و فيه « فاطمة بنت محمد » ، الوسائل ج١٦ ص٥ ب١ ح٨ .

(٧) الكافي ج١ ص٤٥٣ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٤ ب١ ح٥ .

وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه[١] مرسلاً عن النبي ﷺ « أنّه قال: من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبّار بكلّ عضو له عضواً منه من النار ، فإن كانت انثى أعتق الله العزيز الجبّار بكلّ عضوين منها عضواً من النار ، لأنّ المرأة نصف الرجل » .

فهذه جملة من ألفاظ الرواية المذكورة على اختلافها طرقاً ودلالةً ومتوناً ليس فيها اللفظ الذي ذكره المحقّق في شرايعه سوى ما في خبر إبراهيم بن أبي البلاد لأنّه قد نقلها بهذا اللفظ وهو « من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضو عضواً له من النار » وهي كما ترى لاتناسبها في اللفظ، والعبارة سوى تلك المرسلة وإن كان فيها زيادة «العزيز الجبّار» فكأنّه تصرف فيها نظراً إلى المعنى في كلّ هذه الروايات . وخصّ المؤمن في كثير منها إمّا لأنّ المراد به الامامي وهو الاسلام بالمعنى الأخص، فتتوافق الأخبار المذكورة في الوصف المعلّق عليه معنى، ولاحاجة إلى ما تكلّفه ثاني الشهيدين من أنّ المراد به المسلم كما في صحيحة زرارة ، أو حمل المطلق على المقيّد كحمل لفظ المملوك في الرواية الاخرى على المسلم والمؤمن ثمّ جواز بقاء كلّ واحد من الثلاثة على أصله لعدم وجوب التقييد لحصول الثواب المذكور على عتق كلّ مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقاً ذكراً وانثى، و احتمل أن يخصّ ذلك بالذكر بقرينة تذكير اللفظ ولتقييده بمرسلة إبراهيم بن أبي البلاد إلّا أنّ تقييد الصحيح بالمرسل لايخلو من نظر . إلى هنا كلامه في مسالكه، وفي نظره نظر لأنّ إطلاق الصحيح الذي أبى تقييده بالمرسل لا يشمل إطلاقه الانثى لتعليقه على الذكر فيكون موافقاً للمرسل .

و روت العامّة في صحاحها[٢] عنه ﷺ «أنّه قال: أيّما رجل أعتق امرءً

(١) التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح٣؛ الوسائل ج١٦ ص٦ ب٣ ح١،وفيهما « بكل عضو منه عضوا من النار» مع اختلاف يسير .

(٢) صحيح مسلم ج١٠ ص١٥٢ وفيه اختلاف يسير وليس فيه « حتى الفرج بالفرج» .

مسلماً استنقذ الله بكلّ عضوٍ منه عضواً منه من النار حتّى الفرج بالفرج ».

وفي هذه الرواية التعليق على الاسلام كما في تلك الصحاح لكن يجب أن يحمل على الاسلام الخالص الذي هو الايمان، وفيها دلالة على كون المعتق رجلاً لأنّ المرء مذكّر المرأة فلا يتناول الانثى

وفي بعض ألفاظ رواياتهم [1] عنه صلّى الله عليه وآله «من أعتق رقبة أعتق الله بكلّ عضوٍ منها عضواً منه من النار حتّى فرجها بفرجه» وهذه شاملة للذكر والانثى إلّا أنّها قابلة للتقييد بذلك المرسل.

ومن الأخبار الدالّة على فضيلته بغير هذه العبارة مارواه في الصحيح الكليني عن معاوية بن وهب [2] عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل «ولقد أعتق عليّ ألف مملوك لوجه الله تربت فيهم يداه».

ومثله خبر زيد الشحّام [3] عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الكافي والمحاسن وثواب الأعمال « أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أعتق ألف مملوك من كدّ يده ».

وفي المحاسن عن أبي عبدالله البجلي [4] عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: أربع من أتى بواحدة منهنّ دخل الجنّة: من سقى هامّةً ظامئة أو أشبع كبداً جائعة أو كسى جلدة عارية أو أعتق رقبةً عانية ».

وفي المحاسن عن محمّد بن مروان [5] أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام أنّ أباجعفر عليه السلام

---

(١) الجامع الصغير ص١٦٥ وفيه « من اعتق رقبة مسلمة ـ حتى فرجه بفرجه ».

(٢) الكافي ج٨ ص ١٤٥ ح١٧٥ وفيه «والله لقد أعتق ألف مملوك لوجه الله عزوجل دبرت فيهم يداه » ، الوسائل ج١٦ ص ٣ ب١ ح٣ وفيه « دبرت ».

(٣) الكافي ج ٥ ص ٧٤ ح ٤ ، المحاسن ص ٦٢٤ ح٨٠ ، لم نعثر عليه في ثواب الاعمال ، الوسائل ج١٦ ص٤ ب١ ح٦

(٤) المحاسن ص٢٩٤ ح٤٥٦، الوسائل ج١٦ ص٥ ب١ ح٩ وفيه «أبي عبدالله المحلى ـ رقبة عائية ».

(٥) المحاسن ص٦٢٤ ح٨١ ، الوسائل ج١٦ ص٥ ب١ ح١٠ .

مات وترك ستّين مملوكاً فأعتق ثلثهم عند موته ».

ويتأكّد العتق في شهر رمضان سيّما العشر الأواخر منه وعشيّة عرفة ويومها ففي خبر محمّد بن عجلان (١) كما في كتاب الاقبال و كتاب المناقب لابن شهراشوب « قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: كان علي بن الحسين عليه السلام إذا دخل شهر رمضان لا يضرب عبداً له ولا أمة » وساق الحديث وهو طويل إلى أن قال فيه: «إنّه كان يكتب جناياتهم في كلّ وقت ويعفو عنهم آخر ليلة من الشهر ثمّ يقول: اذهبوا فقد عفوت عنكم وأعتقت رقابكم، قال: ومامن سنة إلّا وكان يعتق فيها آخر ليلة من شهر رمضان ما بين عشرين ونيّف إلى أقلّ أو أكثر، و كان يقول: إنّ لله في كلّ ليلة من شهر رمضان عند الافطار سبعين ألف ألف عتيق من النار كلّ قد استوجب النار، فإذا كان آخر ليلة من شهر رمضان أعتق فيها مثل ما أعتق في جميعه، وإنّي لأحبّ أن يراني الله قد أعتقت رقاباً من ملكي في دار الدنيا رجاء أن يعتق رقبتي من النار، وما استخدم خادماً فوق حول، وكان إذا ملك عبداً في أول السنة أو وسط السنة فإذا كان ليلة الفطر أعتق و استبدل سواهم في الحول الثاني ثمّ أعتق ، كذلك كان يفعل حتّى لحق بالله ، ولقد كان يشتري السودان و ما به إليهم من حاجة يأتي بهم عرفة فيسدّ بهم تلك الفرج والخلال، فإذا أفاض أمر بعتق رقابهم وأمر بجوائز لهم من المال».

وفي صحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الفقيه « قال: يستحبّ للرجل أن يتقرب في عشيّة عرفة بالعتق والصدقة ».

وفي صحيحة معاوية بن عمّار وحفص بن البختري (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام

---

(١) الاقبال ص٢٧٧، المناقب ج٤ ص١٥٨ أورد قطعة من الرواية مع تفاوت يسير، بحار الانوار ج٤٦ ص١٠٣ ح ٩٣.

(٢) الفقيه ج٣ ص٦٦ ح٢، الوسائل ج١٦ ص٦ ب٢ ح١.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح١، الوسائل ج١٦ ص٦ ب٢ ح٢.

في حديث « أنّه قال : يستحبّ للرجل أن يتقرب عشيّة عرفة ويوم عرفة بالعتق والصدقة » .

وفي صحيحة الحلبي ومعاوية بن عمّار وحفص بن البختري(١) كما في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

ومما يدلّ على فضيلة العتق أيضاً جعل الله تعالى له لقتل المؤمن والوطء في رمضان وللاثم في مخالفة الله تعالى فيما عاهد عليه و نذره وحلف عليه ، و قد جعله النبي صلى الله عليه وآله موجباً للعتق من النار فقال صلى الله عليه وآله في غير مرة : أيّما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان ذلك فكاكه من النار، ولأنّه يخلص الآدمي المعصوم الدم من حرز الرقّ وتملّك منافعه وبه تكمل أحكامه .

و يدلّ على فضيلته أيضاً من الكتاب قوله تعالى « فلا اقتحم العقبة * وما أدرلك ما العقبة * فكّ رقبة * أو إطعام في يوم ذي مسغبة »(٢) .

و في صحيحة معمّر بن خلّاد(٣) « قال : كان أبو الحسن الرضا عليه السلام إذا أكل أتى بصحفة فتوضع بقرب مائدته، فيعمد إلى أطيب الطعام ممّا يؤتى به، فيأخذ من كلّ شيء شيئاً فيوضع في تلك الصحفة فيؤمر بها للمساكين ، ثمّ يتلو هذه الآية « فلا اقتحم العقبة » ثمّ يقول : علم الله عزّ وجلّ أنّه ليس كلّ إنسان يقدر على عتق رقبة فجعل لهم سبيلاً إلى الجنّة » .

وفي خبر محمّد بن عمر بن يزيد(٤) « قال : أخبرت أبا محمّد الحسن عليه السلام أنّي اصبت بابنين و بقي لي ابن صغير ، فقال : تصدّق عنه ، ثمّ قال حين حضر قيامي :

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٠ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٦ ب٢ ح٢ .

(٢) سورة البلد ـ آية ١١ ـ ١٤ .

(٣) الكافي ج٤ ص٥٢ ح١٢ ، الوسائل ج٦ ص٣٢٩ ب٤٨ ح١ وفيهما «فيضع ـ ثم يأمر بها» .

(٤) الكافي ج٤ ص٤ ح١٠ ، الوسائل ج٦ ص٢٦١ ب٤ ح١ وفيهما « وبقي لي بني» .

مر الصبي فليتصدق بيده بالكسرة » ثمّ ساق الحديث إلى أن قال : « فلا اقتحم العقبة * وما أدراك ماالعقبة ـ إلى قوله ـ أومسكيناً ذامتربة، علم الله عزّ وجلّ أنّ كلّ أحد لا يقدر على فكّ رقبة ، فجعل إطعام اليتيم و المسكين مثل ذلك تصدّق عنه » .

والمراد بالعقبة في الآية كمارواه ابن شهراشوب من طريق العامّة عن أنس[1] «قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله في قوله تعالى « فلا اقتحم العقبة» : أنّ العقبة فوق الصراط عقبة كؤوداً طولها ثلاثة آلاف عام، ألف عام هبوط وألف عام شوك وحسك وعقارب وحيّات وألف عام صعود، أنا أول من يقطع تلك العقبة وثاني من يقطع تلك العقبة علي بن أبي طالب عليه السلام» و قال بعد كلام طويل: «لا يقطعها في غير مشقّة إلّا محمّد وأهل بيته» .

المقصد الثاني

فيما يتحقّق به الرقّ المترتّب عليه الملك المترتّب عليه العتق

يختصّ الرقّ بالحربي وإنّ كان كتابيّاً لم يقم بشرائط الذمّة، ثمّ يسري الرقّ في عقبه وإن أسلموا حتّى يعرض المحرر لهم من ملك أو عتق أو تدبير أو كتابة أو استيلاد أو جذام أو عمى أو برص عند ابن حمزة، أو إقعاد أو تنكيل في المشهور خلافاً لابن إدريس فيه أو لارث أو إسلام العبد قبل مولاه في دار الحرب وخروجه قبله أو كون أحد الأبوين حراً إلّا أن يشترط عليه الرقّ فيصحّ عند الأكثر ، وسيجيء تفاصيل هذه الأسباب والكلام على أحكامها مفصّلة الدليل والفتوى عند الأصحاب، فيشتمل هذا المقصد على مسائل :

الأولى : في تحقيق ما يختصّ به الرقّ وإن كان كتابيّاً على الأشهر، وقد اتّفقت كلمة الأصحاب على اختصاص الرقّ لأهل الحرب وهو من يجوز قتالهم ومحاربتهم إلى أن يسلموا ، سواء انحصرت الغاية في إسلامهم كمن عدا اليهود

(١) المناقب ج٢ ص١٥٥ طبع قم و فيه «أن فوق الصراط عقبة» .

والنصارى والمجوس من فرق الكفّار أم كان الاسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث فإنّهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمّة من الجزية وغيرها .

وقد أفصحت عبارة المحقّق في شرايعه وكذلك العلاّمة في قواعده بأنّ هذه الفرق الثلاث إذا أخلّوا بشرائط الذمّة دخلوا في قسم أهل الحرب ، وتدلّ عليه صحيحة زرارة الآتي ذكرها، وربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأول خاصّة وإن جاز قتال الثاني في الجملة .

والوجه في هذا أنّ التسمية منتفية عنهم ماداموا قائمين على شرائط الذمّة وإن كان في الأصل مشاركين للحربيّين في الكفر وجواز القتال ، إلاّ أنّ لهم عن الاسلام بدلاً وهو القيام بشرائط الذمّة بخلاف الحربي المحض، فمن هنا أخرجوا عن إطلاق الحربي عليهم . وعلى الاعتبارين فالمراد بأهل الحرب بالنسبة إلى هذا الحكم وهو جواز استرقاقهم معناه الأعمّ للاتّفاق على جواز استرقاق من عدا الفرق الثلاث الملتزمين بشرائط الذمّة ، ولا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصب الحرب للمسلمين ويستقلّ بأمرهم أو يكونون تحت حكم الاسلام وقهره كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان والنيران والغلاة وغيرهم، إلاّ أن يكونوا مهادنين للمسلمين بشرائطها المقررة في كتاب الجهاد ، فيجب حينئذ الكفّ عنهم .

وتدلّ على هذا الحكم صحيحة رفاعة (١) « قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : إنّ الروم يغيرون على الصقالبة فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثمّ يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجّار، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنّهم قد سرقوا وإنّما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم ، إنّما أخرجوهم من الكفر إلى دار الاسلام » .

(١) الكافي ج٥ ص٢١٠ ح٩ ، الوسائل ج١٣ ص٢٧ ب٢ ح١ وفيهما «من الشرك الى دار الاسلام» .

وصحيحته الاخرى[1] كما في التهذيب أيضاً عن أبي الحسن عليه السلام مثله .

وموثّقة إبراهيم بن عبدالحميد[2] عن أبي الحسن عليه السلام «في شراء الروميّات فقال : اشترهنّ وبعهنّ» .

وخبر زكريّا بن آدم[3] «قال : سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو » إلى أن قال : « وسألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغير المسلمون عليهم بلا إمام ، أيحلّ شراؤهم ؟ قال : إذا أقروا لهم بالعبوديّة فلا بأس بشرائهم» .

وكذلك يجوز شراؤهم من آبائهم وامّهاتهم فيملكون بذلك لخبر عبدالله اللحّام[4] الموثّق «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتّخذها ، قال : لا بأس» .

وخبره الآخر[5] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك يتّخذها ، قال : لا بأس» .

وفي خبره الثالث[6] الذي يقرب من الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

فأمّا ما رواه الشيخ والكليني عن زكريّا بن آدم[7] «قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو » إلى أن قال : « و سألته عن أهل الذمّة أصابهم جوع فأتاه

---

(١) التهذيب ج٦ص١٦٢ ح٦، الوسائل ج١٣ ص٢٧ ب٢ ح١ وفيهما «من الشرك الى دار الاسلام» .

(٢) الكافي ج٥ ص٢١٠ ح٦ ، الوسائل ج١٣ ص٢٧ ب٢ ح٢ .

(٣) الكافي ج٥ ص٢١٠ ح٨ ، الوسائل ج١٣ ص٢٧ ب٢ ح٣ .

(٤) التهذيب ج٧ص٧٧ح٤٤، الوسائل ج١٣ ص٢٨ب٣ح٢ .

(٥) التهذيب ج٧ ص٧٧ ح٤٣ وفيه « يتخذها ام ولد » ، الوسائل ج١٣ ص٢٨ ب٣ ح٣ .

(٦) التهذيب ج٨ ص٢٠٠ ح٨ ، الوسائل ج١٣ ص٢٨ ب٣ ح٣ .

(٧) الكافي ج٥ ص٢١٠ ح٨، التهذيب ج٧ ص٧٧ ح٤٥ وفيهما اختلاف يسير ، الوسائل ج١٣ ص٢٨ ب٣ ح١ .

رجل بولده فقال : هذا لك أطعمه وهو لك عبد، فقال: لاتبتع حراً فإنّه لايصلح لك ولا من أهل الذمّة» .

ومثلها روايته الاخرى، فيجب حملهما على ما لو كانوا قائمين بشرائط الذمّة حيث إنّهم بمنزلة الأحرار ، وإليه يرشد قوله عليه السلام «لاتبتع حراً» .

وكذا كلّ من استرقّ عن أهل الذمّة ولم يقم بشرائطها ، لما عرفت من أنّهم في تلك الحال حربيّون لاذمّة لهم وإن كان المسترقّ لهم ناصبيّاً أو باغياً.

ففي صحيحة العيص بن القاسم [(١)] كما في التهذيب « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن قوم مجوس خرجوا على اناس من المسلمين في أرض الاسلام ، هل يحلّ قتالهم ؟ قال : نعم وسبيهم » .

وصحيحة البزنطي عن محمّد بن عبدالله [(٢)] «قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن قوم خرجوا و قتلوا اناساً من المسلمين و هدموا المساجد ، و أنّ المتولّي هارون بعث إليهم فاخذوا وقتلوا وسبي النساء والصبيان ، هل يستقيم شراء شيء منهنّ ويطأهنّ أم لا ؟ قال : لابأس بشراء متاعهم وسبيهنّ » .

و خبر زكريّا بن آدم [(٣)] « قال : سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدوّ صالحوا ثمّ خفروا، ولعلّهم إنّما خفروا لأنّهم لم يعدل عليهم ، أيصلح أن يشتري من سبيهم ؟ قال : إن كان من عدوّ قد استبان عداوتهم فاشتر منهم ، و إن كان قد خفروا وظلموا فلا يبتاع من سبيهم » .

وفي خبر إسماعيل بن الفضل [(٤)] «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن سبي الأكراد

(١) التهذيب ج٦ص١٦١ ح٣ ، الوسائل ج١١ص٩٩ ب٥٠ ح٣ .

(٢) التهذيب ج٦ ص١٦١ ح٤ وفيه «وأن المستوفى» ، الوسائل ج١١ ص ٩٩ب ٥٠ ح٤وفيهما«متاعهن».

(٣) التهذيب ج٧ ص٧٦ ح٤١ وفيه «لانه لم يعدل عليهم» ، الوسائل ج١٣ ص ٢٨ ب٣ح١ .

(٤) التهذيب ج٦ ص١٦١ح١ ، الوسائل ج١١ ص٩٩ب٥ ح١وفيهما «ومن حارب من المشركين»

إذا حاربوا من حارب من المشركين، هل يحلّ نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم».

وخبر عمران [1] «قال: سألته عن سبي الديلم وهم يسرقون بعضهم من بعض ويغير عليهم المسلمون بلا إمام، هل يحلّ نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم».

وفي صحيحة زرارة [2] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قبل الجزية من أهل الذمّة على أن لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا ينكحوا الأخوات ولا بنات الأخ ولا بنات الاخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمّة الله تعالى وذمّة رسوله صلى الله عليه وآله قال: وليست لهم اليوم ذمّة».

أمّا مماليك أهل الذمّة فلا كلام في جواز ملكيّتهم إذا أقروا لهم بالعبوديّة وكذا مماليك أهل الحرب.

ففي موثّقة عبدالرحمن بن أبي‌عبدالله [3] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رقيق أهل الذمّة أشتري منهم شيئاً؟ فقال: اشتروا إذا أقروا لهم بالرقّ».

وموثّقة زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام مثله، وصحيحته [4] كما في التهذيب عن أبي‌عبدالله عليه السلام مثله.

وخبر إسماعيل بن الفضل [5] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء مملوك أهل الذمّة؟ قال: إذا أقروا لهم بذلك فاشتر وانكح».

وصحيحته [6] كما في الفقيه مثله.

وموثّقته [7] كما في التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام مثله.

---

(١) التهذيب ج٦ص١٦١ ح٢ وفيه «وهم يسرق»، الوسائل ج١١ ص٩٩ ب٥٠ ح٢ وفيهما «عن المرزبان بن عمران» وكذلك «أيحل شراؤهم؟ فكتب: اذا أقروا بالعبودية فلا بأس بشرائهم».

(٢) التهذيب ج٦ ص١٥٨ ح١، الوسائل ج١١ ص٩٥ ب٤٨ ح١.

(٣) التهذيب ج٧ص٧٠ ح١٤، الوسائل ج١٣ص٢٦ ب١ ح١ وفيهما «فقال: اشتر اذا».

(٤) التهذيب ج٧ ص٧٠ ح١٥.

(٥و٦و٧) الكافي ج٥ ص٢١٠ ح٧ وفيه «مملوكى»، الفقيه ج٣ ص١٣٩ ح٤٨، التهذيب ج٧ ص٧٠ ح١٣، الوسائل ج١٣ص٢٦ ب١ ح١.

و كذا كلّ من أقرّ على نفسه بالرقّ مع جهالة حريّته حكم برقّه، ويعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغاً عاقلاً كما هو المعتبر في قبول الاقرار مطلقاً، وهل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر ومنهم المحقّق على عدم اعتباره لأنّ السفه إنّما يمنع مع التصرف المالي، والاقرار بالرقيّة ليس إقراراً بمال لأنّه قبل الاقرار محكوم بحريّته ظاهراً، فيكون إقراره مسموعاً.

واصحيحة عبدالله بن سنان[1] «قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبوديّة» وهو مدرك من عبد أو أمة، فاعتبر البلوغ ولم يعتبر الرشد.

وربما قيل باعتبار الرشد، لأنّ إقراره وان لم يتعلّق بالمال ابتداءً لكنّه قد كشف عن كونه مالاً قبل الاقرار فإنّه إخبار عن حقّ سابق عليه لا إنشاءً من حينه، ولامكان أن يكون بيده مال، فإنّ إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقراراً بمال محض ولو بالتبعيّة.

وردّ الأول بأنّ ذلك لومنع قبول الاقرار لأدى إلى قبوله لأنّه إذا لم يقبل بقي على أصل الحريّة فينفذ إقراره فيصير مالاً فيردّ حراً وذلك دور، والمال جاز دخوله تبعاً وإن لم يقبل الاقرار به مستقلاً، كما لو استلحق واجب النفقة، فقد قيل إنّه ينفق عليه من ماله نظراً إلى كونه تابعاً لا بالأصالة أو يقال يصحّ في الرقيّة دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الاقرار بالزوجة دون المهر، وحيث يقبل إقراره لايقبل رجوعه عن إقراره بعد ذلك لأنّه يفضي إلى تكذيب كلامه السابق ودفع ما ثبت عليه بغير موجب. وكذا لو أقام بيّنة لم تسمع لتكذيبه لها بإقراره السابق إلّا أن يذكر لاقراره تأويلاً يندفع به التناقض فيقوى القبول، كما لو قال: لاأعلم بكوني قد تولّدت بعد حريّة أحد الأبوين فجرى إقراري على الظاهر حينئذٍ ثمّ انكشف لي سبق العتق على الاقرار ببيّنة

---

(١) الكافي ج٦ ص١٩٥ ح٥، الوسائل ج١٦ ص٣٩ ب٢٩ ح١ وفيهما «سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: »

أو شياع مفيد للعلم بذلك .

ولو أنكر المقرّ له رقيّته بقي على الرقيّة المجهولة ويتّجه حينئذٍ جواز رجوعه لأنّه مال لا يدعيه أحد ، وإقراره السابق قدسقط اعتباره بردّ المقرّ له، فإذا لم يصر حرّاً بذلك لاأقلّ من سماع دعواه الحريّة بعد ذلك . ووجه عدم قبول الاقرار الثاني مطلقاً استلزام كونه رقّاً ، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز وتكذيب المقرّ له لا يرفع الاقرار في نفس الأمر وإنّما ينتفي عنه ظاهراً ، ومتى صار رقّاً بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك لأنّه حينئذٍ ممنوع من التصرف المترتّب على الحريّة، ولو لم يكن قد عيّن المقرّ له ابتداءً ثمّ رجع وأظهر تأويلاً محتملاً فأولى بالقبول ، وفي حكم الاقرار الشهادة عليه بالرقّ صغيراً كان أو كبيراً كما تضمّنته صحيحة عبدالله بن سنان (١) المتقدمة المسند حكمها إلى علي عليه السلام أو لأبي عبدالله عليه السلام بغير واسطة إلى علي ابتداءً كما في الفقيه حيث قال فيها بعد قوله من عبد أو أمة « و من شهد عليه بالرقّ صغيراً كان أو كبيراً » و لا يسمع دعواه الحريّة بعد ثبوت العبوديّة عليه بأيّ طريق كان إلّا بالبيّنة بل يؤخذ بكلامه السابق .

ففي صحيحة العيص بن القاسم (٢) كما في التهذيب والفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن مملوك ادعى أنّه حرّ ولم يأت ببيّنة على ذلك ، أشتريه ؟ قال : نعم » .

وقد جاءت أخبار كثيرة في الاقرار وأنّه يؤخذ به مثل خبر محمّد بن الفضل الهاشمي (٣) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل حرّ أقرّ بأنّه عبد ، فقال أبو

---

(١) الفقيه ج٣ ص٨٤ ح١ وفيه «عليه شاهدان» ، الوسائل ج١٦ص٣٩ب٢٩ح١ .

(٢) الفقيه ج٣ ص١٤٠ ح٥٥ ، التهذيب ج٧ ص٧٤ ح٣١ ، الوسائل ج١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح٤ .

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٣٥ ح٨٠، الوسائل ج١٦ ص٣٩ ب٢٩ ح٣ وفيهما اختلاف يسير .

عبدالله عليه السلام : تأخذه بما قال أو يؤدّي المال » .

وخبر الفضل [١] « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل حرّ أقرّ بأنّه عبد قال: يؤخد بما أقرّ به » .

و رواه الصدوق [٢] في الموثّق نحوه إلّا أنّه أسقط لفظ « حرّ » وقال: «أو يردّ المال » .

وخبر إسماعيل بن الفضل [٣] الموثّق أيضاً «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : حرّ أقرّ على نفسه بالعبوديّة ، أستعبده على ذلك ؟ قال : هو عبد إذا أقرّ على نفسه » .

الثانية : لمّا ثبت أنّ الحربيّ فيء في الحقيقة للمسلمين جاز تملّكه للمسلم مطلقاً ، وجاز التوصّل إليه بأيّ سبب من الأسباب ومنها شراؤه ممّن يبيعه سواء كان البائع أباً أو زوجاً أم غيرهما من الأرحام، وليس هذا في الحقيقة بيعاً حقيقيّاً إذ ليس هو ملكاً له وإنّما هو وسيلة إلى وصول المسلم إلى حقّه ، فلا تلحقه أحكام البيع ولا تشترط فيه شرائطه ، وإنّما السبب المملك له القهر والاستيلاء .

وفي الدروس جوّز للمسلم الردّ بالعيب وأخذ الأرش نظراً إلى أنّه وإن لم يكن بيعاً حقيقيّاً لكنّه إنّما بدل العوض في مقابلته صحيحاً . ويشكل بأنّ الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع ولا مبيع هنا، وبأنّه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطله مجرد الرد ، وليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً في غير المبيع الحقيقي وربما دفع هذا الاشكال بأنّ قدوم الحربي على البيع التزامه ، و من جملة تلك اللوازم الردّ بالعيب أو أخذ أرشه فرده عليه ينزل منزلة الاعراض عن المال ، والثمن غايته أن يكون قد صار ملكاً للحربي ، والتوصّل إلى أخذه جائز بكلّ

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣٥ ح٧٩ ، الوسائل ج١٦ ص٢٩ ب٢٩ ح٢ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٨٤ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣٩ ب٢٩ ح٣ .

(٣) التهذيب ج٧ ص٢٣٧ ح٥٧، الوسائل ج١٦ ص٤٠ ب٢٩ ح٥ وفيهما اختلاف يسير.

سبب، وهذا منه بل أولى بأنّه مقتضى حكم البيع .

وهذا كلّه إذا لم يكن مال الحربي معصوماً ، فإن دخل إلى دار الاسلام بأمان فلا يحلّ أخذ ماله بغير سبب مبيح له شرعاً، وحينئذ يتّجه صحّة البيع ولزوم أحكامه التي من جملتها رده معيباً وأخذ أرشه .

الثالثة : قد عرفت ممّا سبق من الأخبار والفتوى أنّه يستوي في ذلك سبي المؤمنين وأهل الضلال ، والمراد بأهل الضلال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين، فلو سبى كافر مثله ملكه وجاز شراءه منه كما جاء في أخبار اللحّام وغيره، وقد جاء في عدة من الأخبار الواردة في غنيمة أهل الحرب بأنّ مافي أيديهم من العبيد تغنم كأموالهم إلّا ماثبت بعد ذلك أنّه ممّا غنموه من مال المسلمين وكانوا معروفين، أو ما استرقّوه من أنفس المسلمين فإنّهم يرجعون إلى الحريّة وترجع أموالهم المغتنمة منهم .

ففي مرسلة هشام بن سالم [(١)] عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام « في السبي يأخذه العدوّ من المسلمين من أولاد المسلمين أو من مماليكهم فيحوزونهم، ثمّ إنّ المسلمين بعد قاتلوهم فظفروا بهم فسبوهم وأخذوا منهم ما أخذوا من مماليك المسلمين وأولادهم الذين كانوا أخذوهم من المسلمين، فكيف يصنع فيما أخذوه من أولاد المسلمين ومماليكهم ؟ قال : فقال: أمّا أولاد المسلمين فلا يقام في سهام المسلمين ولكن يردّ إلى أبيه أو أخيه أو إلى وليّه بشهود ، وأمّا المماليك فإنّهم يقوّمون في سهام المسلمين فيباعون ويعطى مواليهم قيمة أثمانهم من بيت مال المسلمين» .

وفي صحيحته [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سأله رجل عن الترك يغيرون

---

(١) الكافي ج٥ ص٤٢ ح١ ، الوسائل ج١١ ص٧٣ ب٣٥ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٦ ص١٥٩ ح٢ ، الوسائل ج١١ ص٧٤ ب٣٥ ح٣ .

على المسلمين فيأخذون أولادهم فيسرقون منهم، أيردّ عليهم؟ قال: نعم المسلم أخو المسلم، و المسلم أحقّ بماله أينما وجده».

وفي صحيحة الحلبي[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل لقيه العدوّ فأصابوا منه مالاً أو متاعاً ثمّ إنّ المسلمين أصابوا ذلك، كيف يصنع بمتاع الرجل؟ فقال: إن كانوا أصابوه قبل أن يحوزوا متاع الرجل ردّ عليه، وإن كانوا أصابوه بعد ما أحرزوه فهو فيء للمسلمين وهو أحقّ بالشفعة».

وفي مرسلة جميل[٢] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل كان له عبد فادخل دار الشرك ثمّ اخذ سبياً إلى دار الاسلام، قال: إن وقع عليه قبل القسمة فهو له، وإن جرى عليه القسمة فهو أحقّ بالثمن».

وهذه الأخبار بعد ردّ مطلقها إلى مفصلها يحكم للمسلمين بعين أموالهم قبل أن تقسم الغنيمة بين المسلمين وبعدها يردّ عليهم القيمة لكي لا تنقض القسمة، بل يجوز أن يقال يردّ عليهم على كلّ حال ويرجع المشتري على الامام بثمن ذلك.

لصحيحة علي بن رئاب[٣] عن طربال عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سئل عن رجل كانت له جارية فغار عليه المشركون فأخذوها منه، ثمّ إنّ المسلمين بعد غزوهم أخذوها فيما غنموا منهم، فقال: إن كانت في الغنائم وأقام البيّنة أنّ المشركين غاروا عليهم وأخذوها منه ردت عليه، وإن كان قد اشتريت وخرجت من المغنم فأصابها ردت عليه برمّتها واعطي الذي اشتراها الثمن من المغنم من جميعه، فقيل له: فإن لم يصبها حتّى تفرق الناس واقتسموا جميع الغنائم فأصابها بعد؟ قال: يأخذها

---

(١) التهذيب ج٦ ص١٦٠ ح٣، الوسائل ج١١ ص٧٤ ب٣٥ ح٢.

(٢) التهذيب ج٦ ص١٦٠ ح٤ وفيه «القسم» في الموردين، الوسائل ج١١ ص٤٧ ب٣٥ ح٤ وفيه «وان جرى عليه القسم»

(٣) التهذيب ج٦ ص١٦٠ ح٥، الوسائل ج١١ ص٧٥ ب٣٥ ح٥ وفيهما اختلاف.

من الذي في يده ، فإذا أقام البيّنة فيرجع الذي هي في يده إذا أقام البيّنة على أمير الجيش بالثمن» .

وبالجملة: أنّما في أيديهم من ملك سواء كان بسببهم أو بشرائهم فلا كلام في جواز شرائه منهم كما جاز شراء ولدهم وأزواجهم، وكذا لو كان الكافر ذمّيّاً أو مسلماً مبدعاً فلا إشكال في تملّكه، وقد أباحت الأئمّة عليهم السلام ـ كما سمعت من الأخبار ـ شراء ذلك منهم وكذا غير ذلك من ضروب التملّكات وإن كانت جميعها للامام أو بعضها من غير اشتراط إخراج الحصّة المذكورة ، وقد تقدم الكلام على ذلك في مباحث الخمس ، وأنّهم قد حلّلوه لشيعتهم لتطيّب ولادتهم .

الرابعة : إنّ الملتقط من دار الحرب ممّا يجوز استرقاقه تبعاً للدار إذا لم يكن فيها مسلم أو مسالم كما تقدم في أحكام اللقطة، لأنّه يحكم بكونه رقّاً بمجرد وجوده في دار الحرب لأنّه لا يقصر عن كونه من جملة ذراريهم وهم لا يملكون إلّا بالتملّك ، وإنّما يجوز استرقاق اللقيط في دار الحرب عند نيّة التملّك .

وأما ما ورد في عدة من الأخبار مثل موثّقة زرارة [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : اللقيط لا يشترى ولا يباع» .

ومثل صحيحة عبدالرحمن العرزمي [2] عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام «قال : المنبوذ حرّ فإذا كبر فإن شاء توالى الذي لقطه وإلّا فليردّ عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء» .

وصحيحة البزنطي [3] «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقطة، فقال: لا تباع

(١) الكافي ج٥ ص٢٢٤ ح١ ، الوسائل ج١٧ ص٣٧١ ب٢٢ ح١ .

(٢) الكافي ج٥ ص٢٢٥ ح٣ وفيه « تولى »، الوسائل ج١٧ ص٣٧١ ب ٢٢ ح٣ و فيهما «الى الذى التقطه» .

(٣) الكافي ج٥ ص٢٢٥ ح٤ ، الوسائل ج١٧ ص٣٧٢ ب٢٢ ح٤ وفيهما « عن اللقيطة » .

ولا تشتري ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها » .

وصحيحة محمد بن مسلم [١] « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط ، فقال: حرّ لا يباع ولا يوهب » .

إلى غير ذلك من الأخبار الجارية في هذا المضمار ، ممّا دلّ على أنّ اللقيط حرّ لا يحلّ تملّكه، فيجب أن تحمل على لقطة بلاد الاسلام أو بلاد الكفر الذي فيها مسلم أو مسالم جمعاً بين الأدلّة .

المقصد الثالث

في الأسباب الموجبة للعتق و بيان شرائطها و تفاصيل تلك الأسباب

و قد عرفت فيما سبق على سبيل الاجمال عدد تلك الأسباب، وقد ذكر حكم بعضها في أحكام النكاح و الأولاد و بعضها في الوصايا ، و سيجيء بعضها في الارث وبعضها قد تقدم في البيوع في حكم بيع الحيوان، ولنذكر الآن بقيّة الأسباب على سبيل التفصيل وهو يستدعي مسائل :

الاولى : في سبب المباشرة وهو الاعتاق بالصيغة، ولا بدّ له من صيغ الايقاع وعبارته الصريحة التحرير وهو ما اتّفق عليه في النصوص والفتوى كأن يقول حررتك أو أنت حرة أو أنت حرّ لوجه الله .

ولقد استعملت هذه اللفظة في قوله تعالى في آيات الكفّارات القرآنيّة المشتملة على العتق كالأيمان والظهار والقتل حيث قال فيها « فتحرير رقبة » [٢] وقد اتّفقوا أيضاً على عدم وقوعه بالكنايات المحتملة له ولغيره وإن قصده بها كفككت رقبتك أو أنت سائبة ولاسبيل لي عليك ، وإن كان القرآن أتى ببعضها كآية فكّ رقبة أو إطعام، فإنّ الاستعمال أعمّ من الصريح بل من الحقيقة .

كما استعمل الطلاق بمعنى التسريح والفراق ولم يستعملا في الطلاق بالاتّفاق

---

(١) الكافي ج٥ ص٢٢٥ ح٥ ، الوسائل ج١٧ ص٣٧٢ ب٢٢ ح٥ .
(٢) سورة النساء ـ آية ٩٢ .

وهو قوله تعالى «أو تسريح بإحسان»(١) وقد أشارت الأخبار في تفسيرها أنّ المراد بها الطلقة الثالثة، ومثل قوله «أو فارقوهنّ بمعروف»(٢) فإنّ المراد به الطلاق وقد اختلفوا في لفظ الاعتاق كأعتقتك وأنت معتق أو عتيق للشكّ في كونه صريحاً به أو كناية، والأصحّ القطع بوقوعه به لدلالته عليه لغةً وعرفاً وشرعاً، بل استعماله فيه أكثر من التحرير.

كما لا يخفى على من اطّلع على عبارات الفقهاء وكلام النبيّ والأئمّة النجباء عليهم السلام وصيغهم ومحاوراتهم ووصاياهم ومواضع مواريثهم، كما هو غير خفيّ على من تأمّل الأخبار الواردة في حكم من تزوج بمملوكته وجعل عتقها صداقها مثل صحيحة علي بن جعفر(٣) عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام «قال: سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرك، فقال: عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت فلا».

ومثلها خبر محمّد بن آدم(٤) عن الرضا عليه السلام «في الرجل يقول لجاريته: أعتقتك وجعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق والأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها وإن شاءت لم تفعل».

وصحيحة عبيد بن زرارة(٥) «أنّه سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لأمته: أعتقك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك وهو جائز».

وصحيحة الحلبي(٦) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يعتق الأمة ويقول مهرك عتقك، فقال: حسن».

(١) سورة البقرة ــ آية ٢٢٩. (٢) سورة الطلاق ــ آية ٢.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٠١ ح١٦، الوسائل ج١٤ ص٥١٠ ب١٢ ح١.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٠١ ح١٥، الوسائل ج١٤ ص٥١١ ب١٢ ح٢.

(٥) الكافي ج٥ ص٤٧٦ ح٣، الوسائل ج١٤ ص٥٠٩ ب١١ ح١.

(٦) الكافي ج٥ ص٤٧٥ ح١، الوسائل ج١٤ ص٥٠٩ ب١١ ح٣.

وموثّقة عبيد بن زرارة [١] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قلت له : رجل قال لجاريته: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك ، قال : فقال : جائز » .

والأخبار بهذا المعنى بالغة حدّ التواتر المعنوي.

وفي صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله [٢] كما في الفقيه « أنّه سأل أباعبدالله عليه السلام في رجل قال لغلامه : أعتقك أن ازوجك جاريتي هذه فإن نكحت ازوجة عليها فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى ، يجوز شرطه ؟ قال : يجوز عليه شرطه » .

ومثلها صحيحة محمّد بن مسلم [٣] عن أحدهما عليهما السلام «في الرجل يقول لعبده: أعتقتك أن ازوجك ابنتي ، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار ، فأعتقه على ذلك فتسرى أو تزوج ، قال : عليه شرطه» .

وفي كتب العتق المرويّة عنهم التي يستحبّ أن تكتب للعبد المحرر كصحيحة إبراهيم بن أبي البلاد [٤] «قال : قرأت عتق أبي عبدالله عليه السلام فإذا هو : هذا ما أعتق جعفر بن محمّد أعتق فلاناً غلامه لوجه الله» إلى آخره كما سيجيء .

وصحيحة عبدالله بن سنان [٥] عن غلام أعتقه أبوعبدالله عليه السلام «هذا ما أعتق جعفر بن محمّد، أعتق غلامه السندي على أنّه يشهد أن لا إله إلّا الله» وساق الكتاب

(١) التهذيب ج٨ ص٢٠١ ح١٣ ، الوسائل ج١٤ ص٥١٠ ب١١ ح٦.

(٢) الفقيه ج٣ ص٦٩ ح١٥، الوسائل ج١٦ ص١٧ ب١٢ ح١ وفيهما هكذا «سأله عبدالرحمن بن أبى عبدالله عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن ازوجك جاريتى هـذه فان نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه ؟ قال : يجوز عليه شرطه» .

(٣) الكافى ج٦ ص١٧٩ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٨ ب١٢ ح٤ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) الكافى ج٦ ص١٨١ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٠ ب٦ ح١ .

(٥) الكافى ج٦ ص١٨١ ح١ وفيه «محمد بن سنان»، الوسائل ج١٦ ص١٠ ب٦ ح٢ وفيهما «غلامه السندى فلاناً» .

إلى أن قال : « أعتقه لوجه الله » .

وكذلك أخبار الشرائط المصحّحة للعتق مثل صحيحة منصور بن حازم[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاطلاق قبل نكاح ولاعتق قبل ملك» وقدجاءهذا اللفظ بعدة أخبار يطول المقام بذكرها .

وكذلك الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في اشتراط نيّة التقرب في العتق مثل قوله في المستفيض «لاعتق إلّا ما اريدبه وجه الله» فقد رواه هشام بن سالم ومعاوية ابن عمّار وابن اذينة وابن بكير[٢] وغيرواحد عن أبي عبدالله عليه السلام .

وكذا أخبار الوصيّة وأخبار عتق السراية .

وبالجملة : أنّ من تتبّع أخبار العتق وأحكامها وبيان شرائطها وصيغهالم يقف على مادلّ على لفظ التحرير من الصيغ والاستعمال إلّا نوادر من المواضع أكثرها في النذور هي مثل أن يقول وينذر عتق أول مملوك يملكه كما جاءت به صحيحة الحلبي[٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعة جميعاً ، قال : يقرع بينهم» .

ومثلها خبر عبدالله بن سليمان[٤] وخبر الصيقل[٥] .

وبالجملة: فالاتيان على المواضع التي جاءت بلفظ العتق ممّا يلحق بالمستحيل وعلى هذا فيضعف قول من ذهب إلى المنع أو تردد في ذلك كما وقع للمحقّق في الشرايع ، فإنّه تردد أولاً في الاجتزاء بها ثمّ قطع بالعدم، وهو كماترى ردّ للأخبار التي بلغت حدّ الاستفاضة بل التواتر المعنوي ، وقد فسّر العلّامة الصيغة

---

(١) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٨ ب٥ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٧٨ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٧ ب٤ ح١ .

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٢٥ ح ٤٤ ، الوسائل ج١٦ ص٦٩ ب٥٧ ح١ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٢٥ ح٤٣ ، الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٧ ح٢ .

(٥) التهذيب ج٨ ص٢٢٦ ح٤٥ ، الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٧ ح٣ .

الصريحة التي لا تجزي و لا يقع العتق بها فكّ الرقبة و إزالة قيد الملك ، و في صراحتهما نظر إذا قضى ماورد التعبير بهما على سبيل الكناية عن العتق في الآيتين المتقدمتين ، و لم يجعلوهما صريحين فيه ، و لو سلّمنا كونهما صريحين لالتزمنا بوقوعه بهما لعدم المانع منه شرعاً .

وأمّا السائبة فهو المعتق يطلق على الذكر والانثى .قال ابن الأثير في نهايته:قد تكرر ذكر السائبة والسوائب،كان الرجل إذا أعتق عبداً يقال هو سائبة فلاعقد بينهما ولاميراث. ومعناه الحقيقي أنّه لاولاء لمعتقه عليه كماسيجيء مصرحاًبه في الأخبار.

و اختلفوا فيما لو قال لأمته يا حرة و قصد العتق ، ففي تحريرها بذلك وجهان بل قولان ، منشأهما أنّ حرف الاشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه وإنّما الغرض به تميّزه وهو حاصل بالنداء ، وصيغة التحرير حاصلة بقوله حرّ أو ما في معناها ومن النداء عن شبه الانشاء لأنّ الأصل فيه عرفاً صيغة الاخبار باللفظ الماضي ، و الجملة الاسميّة في بعض الموارد كأنت حر ، وغاية استعمال النداء فيه أن يكون كناية . و العتق لايقع بها عندنا ، و هذا هو الأقوى ، ومن أوقعه بالكناية من العامّة قطع بوقوعه في النداء بقصد الاعتاق قطعاً ومع الاطلاق أوقصد النداء بالاسم على خلاف ، بمعنى أنّه لايقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين . و أنت قد سمعت من الأخبار الواردة في هذه الصيغة إنّما دلّ على الجملة الاسميّة أو الفعليّة الصريحتين في الانشائيّة،فكلّما سواهما منحسر عن الاجزاء وإن قصد الانشاء، وعلى هذا بطل ما فرعوه من الخلاف فيما لو كان اسمها حرة أو اسمه حراً أو عتيقاً فقال أنت حرة أو أنت حرّ أو عتيق ولم يدلّ دليل على قصد الانشاء .

أمّا لو قصد الانشاء فلاشبهة في وقوعه لصراحته فيه كما قد سمعت ، وقد انضمّ إليه القصد فكان آكد . وإن قصد الاخبار باسمه دون الانشاء انتفى العتق باطناً قطعاً وقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهراً لاشتراك اللفظ بين معنيين ، فهو مرجع صرفه إلى أحدهما كما في كلّ مشترك ، فإن اشتبه الحال بموته أوغيره

ففي الحكم بعتقه عندهم وجهان بل قولان ، و هذه الصورة هي موضع الخلاف ومنشئه كون اللفظ صريحاً فيه، والصريح لايحتاج إلى الاخبار عن قصده كما قد علم واحتمال إرادة الاخبار عن الاسم المخرج له عن الصراحة ، وإذا قام الاحتمال استصحب بقاء الرق ، وهذا هو الأولى مالم تحصل قرينة خارجيّة يرجّح جانب الانشاء، فإنّ ترجّحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضمّ إليه قرينة اخرى زاد قوةً وتعيّن العمل به .

وبعد ذلك الاحتمال ولولم يكن اسمها حرة فقال أنت حرة ثمّ ادعى أنّها أراده عفيفة ففي قبوله منه وجهان من احتمال الأمرين ، فلايعلم ذلك إلّا من جهته فيقبل قوله في إرادته. وبهذا قطع العلّامة في القواعد ومن أنّه خلاف الظاهر فينفذ العتق نظراً إلى الظاهر ولايصدق في هذا التأويل لأنّه خلاف ما هو كالنص لمجازيّة هذا المعنى ، ولا إشكال هنا في الحكم بالعتق لولم يدّع إرادة خلافه ، بخلاف ما لولم يكن اسم المملوك كذلك فإنّه لايحكم بالعتق إلّا مع اعترافه بقصده ، و الفارق ظهور اللفظ في العتق هنا و احتماله للأمرين على السواء هناك لمكان الاشتراك .

ولوادعى المملوك في هذه الصورة إرادة العتق فله إحلاف مولاه على عدم قصده ، وهاهنا فروع :

الاول : لايكفي عن اللفظ المذكور في الصيغ الاشارة مع القدرة على النطق ولا الكتابة لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعاً ، و لم يرد في النصوص والفتوى ما يدلّ على وقوع العتق بذلك . هذا كلّه مع القدرة ، أمّا مع العجز للخرس أو المرض فتكفي الاشارة المفهمة كما تجزي في غيره من العقود اللازمة والايقاعات .

ففي صحيحة الحلبي [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّ أباه حدّثه أنّ أمامة بنت

(١) التهذيب ج٨ ص٢٥٨ ح ١٦٩ ، الوسائل ج١٦ ص٥٩ ب٤٤ ح١ و فيهما اختلاف يسير .

أبي العاص بن الربيع وامّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فتزوجها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل ، و أنّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها ، فأتاها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لاتستطيع الكلام، فجعلا يقولان ـ والمغيرة كاره لما يقولان ـ : أعتقت فلاناً وأهله ؟ فتشير بذلك أن نعم و كذا و كذا ، فتشير برأسها نعم أو لا ، قلت : فأجازا ذلك لها ؟ قال : نعم» .

وموثّقة يونس بن يعقوب [١] عن أبي مريم ذكره عن أبيه «أنّ أمامة بنت أبي العاص » و ساق الحديث إلى أن قال : « فجعلا يقولان لها ـ والمغيرة كاره لذلك ـ : أعتقت فلاناً وآله؟ وجعلت تشير برأسها، فأجازا ذلك لها » .

وخبر علي بن جعفر وصحيحته [٢] كمافي قرب الأسناد و كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام « قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عندالموت أو امرأة، فجعل أهلهما يسائله: أعتقت فلاناً وفلاناً؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض نعم وفي بعض لا ، و في الصدقة مثل ذلك ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم هو جائز » .

وخبر محمّد بن جمهور [٣] المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إنّ فاطمة بنت أسد امّ أمير المؤمنين كانت أول امرأة هاجرت إلى رسول صلى الله عليه وآله من مكّة إلى المدينة على قدميها » إلى أن قال : « وقالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوماً : إنّي اريد أعتق جاريتي هذه ، فقال : إن فعلت أعتق الله بكلّ عضو منها عضواً منك من النار ، فلّما مرضت أوصت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها فجعلت تؤمي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماءً ، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وصيّتها » .

---

(١) التهذيب ج٩ ص٢٤١ ح٢٨ ، الوسائل ج١٣ ص٤٣٧ ب٤٩ ح١ و فيهما «فلاناً وأهله» مع اختلاف يسير .

(٢) قرب الاسناد ص١١٩ ، الوسائل ج١٣ ص٤٣٧ ب٤٩ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج١ ص٤٥٣ ح٢ ، الوسائل ج١٣ ص٤٣٨ ب٤٩ ح٣ .

و الكتابة غير مجزية اختياراً لأنّها من جملة الاشارة بل هي من أقواها وتجزي مع الاضطرار ، و يدلّ على عدم إجزائها اختياراً خبر زرارة [١] « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام في رجل كتب إلى امرأته بطلاقها ، و كتب بعتق مملوكه ولم ينطق به لسانه ، قال : ليس بشيء حتّى ينطق به لسانه » .

وقد تقدم في الطلاق مايدلّ على الاكتفاء بالكتابة مع الغيبة فيه ، وفي صحيحة الثمالي [٢] «قال : سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل : اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها أو اكتب إلى عبدي بعتقه ، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لايكون طلاقاً ولاعتقاً حتّى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق ويكون ذلك منه بالأهلّة والشهور ويكون غائباً عن أهله» .

وهو كما ترى معارض لماسبق، ويمكن حمله على التقيّة أو على من لايقدر على النطق كالأخرس أو على أنّ علم الزوجة بالطلاق والغلام بالعتق إمّا بسماع العتق أو بالكتابة أو بانضمام التلفّظ إليها ولو بالاشارة المفهمة .

وقد تقدم في كتاب الطلاق صحيحتان إلى زرارة أيضاً، أحدهما في التهذيب والاخرى في الكافي ، وصورتهما في التهذيب [٣] «سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعتق مملوكه ولم ينطق به لسانه ، قال: ليس بشيء حتّى ينطق به لسانه» .

وصورتهما في الكافي [٤] «قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو عتق غلامه ثمّ بدا له ، قال : ليس ذلك بطلاق ولا اعتاق حتّى يتكلّم به» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٨ ح١٣٢ ، الوسائل ج١٦ ص٦٠ ب٤٥ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص٦٤ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٢٩١ ب١٤ ح٢ .

(٣) التهذيب ج٧ ص ٤٥٣ ح٢٣ ، الوسائل ج١٥ ص ٢٩٠ ب ١٤ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج٦ ص٦٤ ح٢ ، الوسائل ج١٥ ص٢٩١ ب١٤ ح٢ وفيهما « بعتق غلامه ـ بدا له فمحاه ـ عتاق» .

وممّا يدلّ على جواز الكتابة عند الضرورة صحيحة البزنطي[1] «أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلّق عنه وليّه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: فإنّه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلّقها؟ قال: بالذي يعرف منه من أفعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه بها».

ومثله حسنه وخبره[2] كما في الكافي والتهذيب «قال: سألت أباالحسن عليه السلام» وذكر مثله.

وكذلك يدلّ على الاكتفاء مع تعذر النطق خبر سدير[3] كما في الفقيه والتهذيب وكتاب إكمال الدين وإتمام النعمة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: دخلت على محمّد بن عليّ بن الحنفيّة وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيّة فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت: خط بيدك، فخطّ وصيّته في الرمل ونسختها أنا في صحيفة».

وكذا إذا تعسّر النطق بالعربيّة ومع الامكان لاتجزي سائر اللغات كما تقدم في خبر مسعدة بن صدقة[4] المروي في كتاب قرب الأسناد، وقدأورده جامع الأصل غير مرة في الكتب المتقدمة، ومع العجز يقع بأيّ لغة اتّفق مع صراحتها فيه في تلك اللغة، و قد تقدم في كتاب الطلاق خبر وهب بن وهب[5] وفيه إطلاق

---

(١) الفقية ج٣ ص٣٣٣ ح١ وفيه «فيعلم منه بغضاً ــ قلت: أصلحك الله»، الوسائل ج١٥ ص٢٩٩ ب١٩ ح١ وفيهما «يعرف به من أفعاله».

(٢) الكافي ج٦ ص١٢٨ ح١، التهذيب ج٨ ص٧٤ ح١٦٦، الوسائل ج١٥ ص٢٩٩ ب١٩ ح١.

(٣) الفقيه ج٤ ص١٤٦ ح١، التهذيب ج٩ ص ٢٤١ ح٢٧، كمال الدين ص٣٦ طبع مؤسسة النشر الاسلامي ــ قم، الوسائل ج١٣ ص٤٣٦ ب٤٨ ح١.

(٤) قرب الاسناد ص٢٤، الوسائل ج٤ ص٨٠٢ ب٥٩ ح٢.

(٥) التهذيب ج٨ ص٣٨ ح٣١، الوسائل ج١٥ ص٢٩٧ ب١٧ ح١.

جواز الطلاق بكلّ لسان ، وحمل على ما لو تعذرت العربيّة ، كما يدلّ عليه خبر قرب الأسناد المشار إليه لقوله فيه «سمعت جعفر بن محمّد عليه السلام يقول : إنّك قد ترى من المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصيح ، وكذا الأخرس في القراءة وفي التشهّد أو ما أشبه ذلك ، فهذا بمنزلة العجم ، والمحرم لا يراد منه ما يراد من العاقل المتكلّم الفصيح» .

الثاني : لابدّ من تجريد الصيغة المذكورة عن الشرط ، فلو علّقه على شرط متوقّع أو صفة لم يصحّ كما هو المشهور بين الأصحاب .

وجوّزه القاضي ابن البرّاج وابن الجنيد من أصحابنا معلّقاً على شرط كان أو صفة وجوّز الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير وهو مذهب العامّة . واستشهدوا عليه بالتدبير فإنّه عتق معلّق ، و باقي الأصحاب خصّوه بمورده ، ومنع بعضهم كونه عتقاً معلّقاً بل هو وصيّة بالعتق كما سيجيء تحقيقه .

وادعى في المختلف الاجماع على بطلان العتق المعلّق على شرط ، وليس هذا الاجماع في محلّه ، فإنّ الخلاف كما سمعت متحقّق ، ومعلوميّة نسب المخالف على الوجه قادحة . وقد تقدم الفرق بين الشرط والصفة ، وأنّ المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه كمجيء زيد والصفة ما لا يحتمل وقوعها في الحال ويتيقّن وقوعها عادةً كطلوع الشمس ، ولم يذكر الأصحاب في هذا المقام دليلاً على المنع والبطلان سوى الاجماع المدعى ، وقد عرفت ما فيه . وكذا لم يذكروا دليلاً على الجواز سوى ما ذكرناه عنه ، وأنّ أصالة الجواز وعدم ما يدلّ على المنع يقتضي عدم وقوعه . ومن هنا استظهر السيّد في شرح النافع الجواز استناداً للدليل المذكور ، ولا فرق عند مانعه بين أن يكون التعليق وقع يميناً أو غيرها ، وكذا من جوّز ذلك .

والذي يدلّ عليه من الأخبار صحيحة محمّد بن مسلم (١) كما في الفقيه عن

(١) الفقيه ج٣ ص٢٢٨ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٥٧ ب١١ ح٢ و فيهما «فليس هذا بشيء انما هذا» .

أحدهما عليه السلام «أنّه سئل عن امرأة جعلت مالها هدياً وكلّ مملوك لها حرّ إن كلّمت اختها أبداً ، قال : تكلّمها فليس هذا شيئاً ، إنّ هذا وشبهه من خطوات الشيطان» .

وصحيحة زرارة [١] عن أبي جعفر عليه السلام « قال: سألته عن الرجل يقول: إن اشتريت فلاناً أو فلانة فهو حرّ، وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين، وإن نكحت فلانة فهي طالق ، قال : ليس ذلك كلّه بشيء ، لايطلّق إلّا ما يملك ، ولا يتصدق إلّا بما يملك ، ولا يعتق إلّا بما يملك» .

وصحيحة علي بن جعفر [٢] كما في كتابه عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن رجل يقول: إن اشتريت فلاناً فهو حرّ، وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة، وإن نكحت فلانة فهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء» .

وصحيحة سعد بن أبي خلف [٣] «قال : قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام : إنّي كنت اشتريت جارية سراً من امرأتي وأنّه بلغها ذلك فخرجت عن منزلي وأبت أن ترجع إلى منزلي وبقيت في منزل أهلها ، فقال لها : إنّ الذي بلغك باطل ، وإنّ الذي أتاك لهذا عدوّ لك أراد أن يستفزك ، فقالت : لا والله لا يكون بيني وبينك شيء حتّى تحلف لي بعتق كلّ جارية لك وبصدقة مالك إن كنت قد اشتريت جارية وهي في ملكك اليوم ، فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين، فقالت: قل كلّ جارية لي الساعة فهي حرة، فقلت لها: كلّ جارية لي الساعة فهي حرة، وقد اعتزلت جاريتي وهممت أن أعتقها وأتزوجها لهواي فيها، قال: ليس عليك فيما أحلفتك شيء» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٨٩ ح٦١ ، الوسائل ج١٦ ص ١٦٨ ب١٤ ح٦ وفيهما «ولا يصدق» .

(٢) بحار الانوار ج١٠ ص٢٦٧ ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٧ .

(٣) الكافي ج٧ ص٤٤٢ ح١٨ ، الوسائل ج١٦ ص١٧٢ ب١٦ ح٢ .

واعلم أنّه لايجوز عتق ولاصدقة إلّا مااريد به وجه الله وثوابه، وصحيحة منصور بن حازم[١] عن أبي عبدالله عليه السلام « عن امرأة حلفت لزوجها بالعتاق والهدي إن هو مات لم تتزوج بعده أبداً ثمّ بدا لها أن تتزوج ، فقال : تبيع مملوكها ، فإنّي أخاف عليها من الشيطان، وليس عليها في الحقّ شيء، وإن شاءت أن تهدي هدياً فعلت » .

وصحيحته الاخرى [٢] « قال : قال لي أبو عبدالله عليه السلام : أما سمعت بطارق؟ إنّ طارقاً كان نخاساً بالمدينة ، فأتى أبا جعفر عليه السلام فقال: يا أباجعفر إنّي هالك حلفت بالطلاق والعتاق والنذور ، فقال : ياطارق هذا من خطوات الشيطان » .

وربما احتجّ لابن الجنيد والقاضي ومن قال بمقالتهما بمارواه الشيخ في الصحيح عن أبي علي بن راشد [٣] « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : جعلت فداك إنّ امرأة اعتلّ صبيّ لها فقالت: اللّهمّ إن كشفت عنه ففلانة حرة، والجارية ليست بعارفة، فأيّما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها في وجوه البر؟ فقال: لايجوز إلّا عتقها » .

وصحيحة البزنطي [٤] عن أبي الحسن عليه السلام « قال : قال : إنّ أبي عليه السلام كان حلف على بعض امّهات أولاده أن لا يسافر بها، فإن سافر بها فعليه أن يعتق نسمة تبلغ مائة دينار ، فأخرجها يوماً فأمرني فاشتريت نسمة بمائة دينار، فأعتقها » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٨٩ ح٥٩ ، الوسائل ج١٦ ص ٢١٢ ب٤٥ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٨ ص ٢٨٧ ح٥٠ ، الوسائل ج١٦ ص ١٦٨ ب١٤ ح٤ وفيهما «انى حلفت» .

(٣) التهذيب ج٨ ص٣١٤ ح٤٦ ، الوسائل ج١٦ ص٢٢٩ ب٧ ح٢ وفيهما «لابى جعفر الثانى ـ ففلانة جاريتى حرة» وليس فيهما «جعلت فداك» .

(٤) التهذيب ج٨ ص٣٠٢ ح ١١٣ ، الوسائل ج١٦ ص ١٧٦ ب١٨ ح٦ وفيهما اختلاف يسير .

فاجيب عن هذين الحديثين : (أمّا) عن الأول فجعله من باب النذر كما هو الظاهر من سياقه، ولا إشكال في جواز التعليق فيه كما هو متّفق عليه، حيث وقع شكراً في مقابلة نعمة الله التي هي الشفاء ، وهو وإن لم يصرح بكونه لله لكونه ليس في مقام الحكاية لصورة عبارة النذر وإنّما أتى بما يدلّ على كونه نذراً، ومن هنا حمله شيخ التهذيبين ومحدّثا الوافي والوسائل على ذلك .

(وأمّا) الخبر الثاني فليس فيه تعليق العتق على شرط كما هو الظاهر ولا غيره، نعم فيه الحلف بالعتاق والتزامه له عليه‌السلام فسبيله التقيّة لاجماع العامّة على ذلك ولتصريح تلك الأخبار بأنّه من خطوات الشيطان ، فيكون داخلاً في آية « ولا تتبّعوا خطوات الشيطان »(١) .

ويحتمل هذا الحمل الأول أيضاً إن أخرجناه من باب النذر . والعجب من المحدّثين والمجتهدين حيث أعرضوا عن هذه الأدلّة في البين وكأنّهم جعلوا وجه الفساد فيها هو جعلها يميناً لا من جهة التعليق، وهذا في الحقيقة وإن أمكن لكن المانعين من التعليق لايفرقون بين ما ليس يميناً أو كان من اليمين ، وكذلك المجوّزون فيكون الاستدلال بهذه الأخبار في محلّه خصوصاً فيما لم يشتمل على بيان منها، فلا يستثنى من هذه القاعدة سوى التدبير والنذر والوصايا، وكلّ خبر اشعر بجواز ذلك والتزامه فسبيله التقيّة .

الثالث : لو أسند الحريّة في هذه الايقاعات لأحد الجوارح ممّا لا تقال على النفس إلّا بتجوّز بعيد كيدك أو رجلك أو وجهك أو رأسك حرّ أو حرة وقصد العتق لم ينعقد .

أمّا لو قال بدنك أو جسدك فذلك موضع خلاف وإشكال، ولهذا صار في وقوعه قولان : من جهة أنّ معناه اللغوي غير الذات ، ومن دلالته عليه عرفاً عامّاً و هو مقدم على العرف الخاصّ الذي لايعرفه إلّا الآحاد، والأقوى وقوعه في الثاني دون

---

(١) سورة البقرة ــ آية ٢٠٨ .

الأولين،والرأس والوجه وإن اطلقا على الذات عرفاً في بعض الأحيان إلّا أنّه خلاف المتبادر بخلاف البدن و الجسد لأنّ أهل العرف لا يعرفون من معنى الذات سواهما، وأمّا مخالفتها النفس الناطقة فذلك موكول إلى دقائق الحكماء والمتكلّمين والفلاسفة ومع ذلك فإطلاق هذين الشيئين على النفس إطلاق شايع ولو من المجازات المشهورة.

واعلم أنّه قد تقدم في كتاب الكفالة وقوع الخلاف المشهور في تعلّقها بالوجه والرأس، و المشهور جوازه، معلّلين ذلك بأنّه قد يعبّر بهما على الجملة عرفاً، وقد علّلوه هنا بالعكس، و كأنّ وجه الفرق في الاستعمالين أنّ المقصد الذاتي في الكفالة إحضار البدن والذات تابعة عرفاً، وهنا بالعكس، فإنّ الحريّة المقصودة من العتق متعلّقها الذات والبدن تابع حيث تثبت المغايرة بينهما و تلاحظ. وأمّا الفرق بينهما بأنّ المعتبر في الكفالة العرف و في العتق الشرع فهو تحكّم محض وإن كان العرف متصرفاً في الفرق الأول أيضاً.

الرابع : هل يشترط تعيين المعتق بصيغة المفعول والقصد إليه معيّناً؟ قولان، للأصحاب والأكثر على العدم، والقول الآخر عدم الجواز للجهالة، وقد مضى مثل هذا الخلاف في الطلاق والظهار والايلاء، والوجه فيها واحد، غير أنّ اشتراط عدم التعيين هنا أشهر، وهناك بالعكس، و لا وجه له إلّا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب.

و يمكن الاحتياج للمشهور بمثله من أعتق ثلث عبيده و لم يعيّن الثلث فإنّه يصح و يستخرج بالقرعة كما سيجيء، و قد اتّفق عليه الفتوى والدليل، وهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مروان (١) عن موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام « أنّ أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستّين مملوكاً فأعتق ثلثهم فاقرعت بينهم فأعتق الثلث ».

(١) الفقيه ج٤ ص١٥٩ ح١٣، التهذيب ج٨ ص ٢٣٤ ح٧٦ وفيه « وأوصى بعتق ثلثهم » بدل « فأعتق ثلثهم »، الوسائل ج١٦ ص٧٧ ب٦٥ ح٢ وليس فيه « فأعتق ثلثهم» وفي المصدرين الاخيرين « فأخرجت عشرين فأعتقتهم » بدل « فأعتق الثلث ».

وكذلك ما سيجيء جواز عتق أول مملوك يملكه فيملك جماعة فإنّه يتخيّر أو يستخرج أحدهم بالقرعة كما تضمّنته صحيحة الحلبي[1] الآتي ذكرها في المسألة عن أبي الله عليه السلام «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعةً جميعاً، قال: يقرع بينهم ويعتق الذي قرع».

وفي رواية الصيقل[2] أنّه له الخيار حيث قال «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فأصاب ستّة، قال: إنّما كان لله عليه واحد فليختر أيّهما شاء فليعتقه».

وهذا الحكم قريب من المختار المشهور في هذه المسألة حيث إنّ المعتق غير معيّن بل غير موجود في الملك الآن، وهذا دليل على بناء العتق على التغليب ولم أر من الأصحاب من استدلّ على هذين القولين بشيء من الأدلّة المنصوصة عليها في الأخبار سوى ما ذكرناه من التقريبات والاعتبار.

ثمّ إنّه على القول بصحّته اختلفوا في مرجع تعيّنه، فقيل: يرجع إلى القرعة لأنّها لكلّ أمر مشكل. واستضعفه جماعة من المتأخّرين حيث لا معيّن في نفس الأمر حتّى يستخرج بالقرعة. وفيه نظر، لأنّ هذا وارد فيما لو ملك أول مملوك يعتقه ولا معيّن هناك، وقد سمعت أنّ صحيحة الحلبي قد حكمت باستخراج المعيّن بالقرعة.

وهل يقع العتق على هذا التقدير بالصيغة؟ أو هو التزام عتق في الذمّة منحصر في عبيده الذين اطلق فيهم؟ وجهان، تقدم مثلها في الطلاق، ويتخرج عليهما ما لو مات أحدهم بعينه هل يصحّ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين؟ لم يصحّ لأنّ الميّت لم يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الايهام في عبدين وقلنا

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٥ ح٤٤، الوسائل ج١٦ ص٦٩ ب٥٧ ح١.

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٢٦ ح٤٥، الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٧ ح٣ وفيهما «انما كان نيته على واحد ـ أيهم».

ببطلان التعيين في الميّت تعيّن الآخر و لاحاجة إلى لفظه . و إن قلنا بالوقوع عند الايهام صحّ تعيينه ، وحيث يتعيّن لايصحّ له العدول عن المعيّن. فلو قال: عيّنت هذا بل هذا عتق الأول ولغى الثاني لأنّ التعيين حصل بالأول ولم يبق للعتق محلّ ، بخلاف قوله : عتقت هذا بل هذا ، و هذا كلّه عند العدول عن القرعة إلى تعيّنه كما هو المشهور . و كأنّ دليلهم على ذلك خبر الحسن بن زياد الصيقل الوارد في مسألة عتق أول ما يملكه، وفي وجوب الاتّفاق على الجميع قبل التعيين والمنع من استخدامهم وجهان بل قولان ، أحوطهما ذلك.

و لو جرى ذلك في أمتين أو أكثر حرم الوطء حتّى يتعيّن المعتقة، فإن فعل ففي كون فعله تعييناً لغير الموطوءة وجهان سبق مثلهما في الطلاق ، فإن لم نجعله تعييناً وعيّن العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه .

و في وجوب المهر وجهان مبنيّان على وقوع العتق بالتعيين و الصيغة ، فعلى الثاني يجب دون الأول .

ولو مات قبل التعيين فلهم في المسألة قولان ، أحدهما أنّ التعيين للوارث لقيامه مقام الموروث كما يخلفه في خيار البيع والشفعة و الحدود و كلّ حقّ موروث. و قال الشيخ و جماعة بتعيّن القرعة هنا لأنّ الوارث غيرمطّلع على قصد موروثه فلا يمكن التعيين . وفيه نظر ، لأنّ معرفة قصده غير شرط ، و لأنّ تعيين المورث مجرد تشهير لا يفتقر إلى شيء آخر ، و وارثه قائم مقامه ، إذ ليس هناك معتق معيّن في نفس الأمر حتّى يشتبه على الوارث بعينه ومقصود المورث .

وربما اجيب عن ذلك بأنّ التعيين وإن كان راجعاً إلى الاختيار إلّا أنّه مختصّ باختيار مبهم، وقد فات بالموت، ولأنّه في حكم تكميل اللفظ فلايؤخذ إلّا من التلفّظ ، و لا ريب أنّ القرعة على ذلك متعيّنة ، و القرعة كما وضعت لتعيّن المتعيّن في نفس الأمر كذلك جاءت لتعيين المختار عندالله .

أمّا لو أعتق معيّناً ثمّ اشتبه ارجيء حتّى يذكر ، فإن ذكر عمل بقوله ،

و لو عدل بعد ذلك لم يقبل منه ، فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيّاً لاحتمال التذكّر . فأمّا لو ادعى الوارث العلم رجع إليه، وإن جهل أقرع بين عبيده لتحقّق الاشكال واليأس من زواله .

هكذا قرر الحكم الأكثر و لم يذكروا له مستنداً من الأخبار . ومقتضى عمومات أخبار القرعة وأنّها لكلّ أمر مشكل استعمالها هنا ، و لا يعتبر إمهاله للتذكّر إلّا بما يحصل به في العادة التذكّر كما في سائر الأحكام .

ويدلّ عليه مارواه الكليني والشيخ عن يونس (١) مقطوعاً « قال في رجل كان له عدة مماليك فقال: أيّكم علّمني آية من كتاب الله تعالى فهو حر، فعلّمه واحد منهم و لم يدر أيّهم الذي علّمه ، أنّه قال : يستخرج بالقرعة ، قال : و لا يستخرجه إلّا إمام لأنّه له على القرعة كلاماً ودعاءً لا يعلمه غيره » .

ولعلّه أراد بالامام هنا ماهو أعمّ من المعصوم ومن خلفائه من الفقهاء المتولّين للأحكام ، و مع ذلك فيحمل هذا الاختصاص على سبيل الأولويّة لتعذر معرفة وظائف القرعة غالباً من غير الفقيه. ويحتمل أن يكون هذا من كلام يونس فتوى منه، والحمل الأول أولى لأنّه مستبعد أن يورده مثل الكليني والشيخ حجّة ودليلاً على شيء من الأحكام و إن لم يسنده إلى الامام ، فاعتماد هؤلاء على مثل هذه الروايات المقطوعه دليل على قطعهم بأنّ ذلك عن الامام لأنّها الطريقة المستعملة في الصدر الأول . فالقول بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد ، لأنّ التعيين هنا ليس إنشاء بل إخبار عمّا وقع من المورث ، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث يدعي العلم .

ثمّ على تقدير تعيين المعتق أوالوارث لو ادعى بعض المماليك الذي لم يعيّنهم أنّه المراد فالقول قول المالك مع يمينه لأنّ ذلك لا يعلم إلّا من قبله ، و إنّما

(١) الكافى ج ٦ ص١٩٧ ح١٤ ، التهذيب ج٨ ص٢٣٠ ح٦٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ٤٤ ب٣٢ ح١ وما فى المصادر اختلاف يسير .

توجّهت عليه اليمين لامكان اطّلاع المملوك على الحال فتسمع دعواه بحيث يتوجّه بها اليمين ، فإن نكل على اليمين قضى عليه بعتق المدعي مضافاً إلى ما عيّنه إن قضينا بالنكول وإلّا أحلف المملوك وأعتق .

ثمّ إنّه إذا استمرّ الاشتباه لانتظار التذكّر أو لعدم تأتّي القرعة منع من الوطء والاستخدام لتحريم ذلك من الحرّ واشتباهه بمحصور، وعليه الانفاق على الجميع من باب مقدمة الواجب من وجوب الانفاق على المملوك ، ولا يتمّ إلّا بالانفاق على جميعهم ، فإن مات فهل التذكّر قام الوارث مقامه وخوطب بجميع خطاباته؟ فإن ادعى إطلاقه على المعتق قبل موته لأنّه خليفته وربما ذكر له ذلك وأطلعه عليه ، وإن لم يدّع العلم فلا طريق سوى القرعة لأنّ المعتق هنا معيّن عند الله ومجهول عندنا ، فيستخرج بالقرعة لاغير ، ولا طريق إلى تعيين الوارث هنا مع عدم دعواه العلم .

الثانية : في شرائط المعتق المباشر ، يعتبر فيه في المشهور البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد إلى العتق والتقرب إلى الله تعالى كونه غير محجور عليه.

(أمّا) الأول فقد خالف فيه الشيخ واكتفى في جواز العتق ببلوغ الصبي عشر كما في الصدقات والعطايا ، بل أسند في الدروس جواز ذلك في العطايا والصدقات إلى المشهور .

ويمكن أن يحتجّ للمشهور بخبر حمزة بن حمران عن حمران[1] كما في التهذيب والكافي وفي مستطرفات السرائر «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامّة وتقام عليه ويؤخذ بها ؟ قال : إذا خرج عن اليتم وأدرك ، قلت : فلذلك حدّ يعرف به ؟ فقال : إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة أو أنبت أو أشعر قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامّة واخذ بها واخذت له» وساق

(١) الكافي ج٧ ص١٩٧ ح١، التهذيب ج١٠ ص٣٧ ح١٣٢، السرائر ص٤٨٢، الوسائل ج١ ص٣٠ ب٤ ح٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

الحديث إلى أن قال: «إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في البيع والشراء واقيمت عليها الحدود التامّة واخذ لها وبها، قال: والغلام لا يجوز له في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك».

وصحيحة هشام بن سالم[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه ماله».

وخبر أبي الحسين الخادم عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الخصال[2] «قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ فقال: حتّى يبلغ أشده؟ قال: وما أشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثماني عشرة أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم، قال: إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز أمره إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً».

إلى غير ذلك من الأخبار التي تقدمت في العبادات و المعاملات و في الحجر.

وقد احتجّ الشيخ ومن تبعه على ماذهبوا إليه من الاكتفاء بالعشر كما في الهبات والعطايا برواية زرارة[3] كما في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز من ماله ما اعتق وتصدّق على وجه المعروف

الكافي ج٧ ص ٦٨ ح٢ وفيه «بالاحتلام»، الوسائل ج١٣ ص ٤٣٠ ب ٤٤ ح٩ وفيهما «منه رشد».

(٢) الخصال ص٤٩٥ ح٣ طبع مؤسسة النشر الاسلامي وفيه عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن عبدالله بن سنان، الوسائل ج١٣ ص١٤٣ ب٢ ح٥.

(٣) الكافي ج٧ ص٢٨ ح١ وفيه «لايجوز له في»، التهذيب ج٨ ص٢٤٨ ح١٣١، الوسائل ج١٦ ص ٦٨ ب٥٦ ح٢ وفي الاخيرين « يجوز له من» وفي الكافي والوسائل «وتصدق وأوصى على حد معروف وحق».

فهو جائز » وفي نسخ التهذيب [1] « على حدّ المعروف حقّ فهو جائز » .

وربما وجد هذا الاستدلال بصحيحة محمّد بن قيس [2] عن أبي جعفر عليه السلام « قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : أيّما رجل ترك سريّة ـ إلى أن قال : ـ وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جارية قد ولدت منه بنتاً وهي صغيرة غير أنّها تبين الكلام ، فاعتقت امّها ، فخاصم فيها موالي ابن الجارية، فأجاز عتقها الام » . ومثلها حسنته وموثّقته [3] .

وقد وصف المحقّق خبر العشر في النافع بالحسن، وقال شارحه السيّد: لم نقف على هذه الرواية حسنته كما ذكرها المصنّف ، والموجود في كتب الأخبار والاستدلال مارواه الشيخ عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « قال: إذا أتى الغلام عشر سنين » ثمّ ذكر الحديث المتقدم ثمّ قال: وبمضمونها أفتى الشيخ وجماعة ، وضعفها بالارسال وغيرها يمنع من التمسّك بها في إثبات هذا الحكم ، وكأنّه حمل الحسن على الاصطلاح الجديد الذي حدث بعد المحقّق لأنّه لم يصطلح على هذا التقسيم في الدراية إلّا في زمن ابن طاووس صاحب البشرى والعلّامة ، وهذا منه عجيب ، وأعجب منه قوله بأنّ الرواية مرسلة مع أنّ الشيخ قد رواها تارةً معلّقة على صفوان بن يحيى وتارةً على موسى بن بكر وليس فيها مع الطرفين إرسال ، أمّا إلى صفوان فطريقه من الصحيح ، وإنّما ضعّفت بموسى بن بكر ، وأمّا تعليقها على موسى بن بكر فلا يوجب الارسال أيضاً لأنّ طريقه إليه في المشيخة ليس من المراسيل في شيء، ومع ذلك فقد رواها الكليني في الكافي متّصلة الاسناد بمشيخته إلى صفوان ثمّ عن موسى بن بكر ثمّ عن زرارة .

---

(١) والصحيح الكافي وفيه «معروف» .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٢ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص٦٩ ب٥٦ ح٣ وفيهما «موالى أبى الجارية فأجاز عتقها للام» .

(٣) الفقيه ج٣ ص٨٣ ح٧، التهذيب ج٨ ص٢٣٨ ح٩٣ وفيهما اختلاف يسير .

وأعجب منه ما وقع لجده في المسالك حيث قال بعد ذكره لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام مريداً بها هذه الرواية المذكورة: وفي طريق الرواية ضعف بموسى ابن بكر فإنّه واقفي غير ثقة وابن فضّال فإنّه فطحي وإن كان ثقة. مع أنّه في باب الوصايا من التهذيب أوقفها على زرارة في موضع وأسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر، فكيف مع هذه القوادح تثبت حكماً مخالفاً لاصول المذهب بل لاجماع المسلمين. وفي هذا الكتاب أوصلها ـ يعني المصنّف ـ إلى الباقر عليه السلام.

وفي نكت النهاية قال: إنّها موقوفة على زرارة، وفي النافع جعلها حسنة، ولعلّه أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث وهو أن تكون رواتها إماميّة وفيهم من الممدوح غير المعدل، فإنّ أمرها ليس كذلك لما عرفت من حال رواتها، فهي ضعيفة لا حسنة، فإطراحها متعيّن.

ووجه التعجّب يظهر ممّا سبق في كلامنا على السيّد، فإنّ ابن فضّال إنّما كان في بعض طرقها لأنّ الشيخ قد رواها من ثلاثة طرق، ليس في الطريقين المذكورين في كلامنا ذكر لابن فضّال، ولا في طريق الكافي أيضاً، وفي الثلاثة مصرح بإمامها بأنّه أبو جعفر عليه السلام، فإيراده لها مقطوعة في بعض المواضع غير مضرّ مع أنّ هذا لا يعدّ قطعاً بل إضماراً، والاضمار غير مضرّ لأنّ الاضمار عائد إلى الامام متعيّن حتّى لو لم يصرح به في بقيّة هذه الطرق لحكمنا بكونه الامام، فإنّ الاضمار في الأدلّة إنّما نشأ من اقتطار الأدلّة بعضها من بعض، حيث إنّهم في تلك الاصول كانوا يصدرون بالاسم الامام مظهراً ثمّ يحيلون عليه بالاضمار، هذا إذا لم يصرح فكيف إذا صرح به في هذه الطرق كلّها، فالتزام الاضمار فيه والقدح به في غاية البُعد من أمثالهم، فالحقّ أنّ الرواية متكررة الأسانيد في اصول المعتبرة وهو الذي أوجب وصفها بالحسن على طريقة القدماء لأنّ مدار الحسن والصحّة على القرائن التي من جملتها تعدد طرقها في الاصول المتعددة فهي بريئة من القدح المذكور.

والعجب من هؤلاء المتأخّرين حيث قبلوا مثل هذه الأخبار وجعلوها الحجّة

في مثل العطايا والهبات، والمعروف ورودها في العتق مع اشتمالها كما ترى على الجميع ، فالأقوى الاكتفاء بذلك في العتق كما في العطايا والهبات ، وهو مريد بتلك الصحيحة المذكورة لابن قيس وكذلك حسنته وموثّقته .

وأعجب من هذا قوله ـ قدس سره ـ بعد ذلك الكلام: ويمكن حملها وحمل ما ورد في معناها من جواز هبته وصدقته ووصيّته ، على أنّ ابن العشر محلّ إمكان البلوغ لما تقدم من أنّ الولد يلحق به في هذا السنّ بإمكان بلوغه بالمني، بسبب أنّه في وقت إمكان البلوغ بمعنى أنّه من حيث السنّ لا مانع من جهته وإن توقّف على أمر آخر ، وهذا خير من إطراح الروايات الكثيرة . وهو كلام مضطرب لا يخفى اضطرابه على أدنى من له مسكة في فهم الأخبار وضبط قواعد الفقه .

وقد صرح هو في غير موضع لأنّ احتمال التولّد منه وإن بنى عليه في الانتساب لمكان الضرورة ، لكن لا يبنى عليه ما يتوقّف على البلوغ على التحقيق بل يبقى محجوراً عليه ممنوعاً من التصرفات كلّها إلى أن يتحقّق عليه بلوغه ، إلّا فيما اكتفى فيه بسنّ العشر أو بسنّ دون البلوغ كما ثبت في الوصايا والعطايا والهبات عند المشهور ، وما تكلّفه من الجمع حذراً من الاطراح في الحقيقة إطراح لها وإن كانت من الصحاح وهدم للقواعد المقررة، لأن تلك مشروطة بتحقّق تلك العلامات لا بمجرد الاحتمال، سيّما خبر حمزة بن حمران وأخبار عبدالله بن سنان وغيرها من الأخبار ممّا ورد في علامات البلوغ الذي بنى عليه الأحكام من المعاملات وغيرها.

فالأقوى إذاً التزام تلك القواعد إلّا إذا ثبت الدليل المخصّص على سبيل التحقيق ويكون مخرجاً من قاعدة اشتراط البلوغ لأنّها تجعل دليلاً على البلوغ، كيف وسنّ البلوغ أقلّه ثلاثة عشر سنة كما ذهب إليه ابن الجنيد والصدوق وجملة من مشايخنا من متأخّري المتأخّرين .

(وأمّا) اشتراط العقل والتميّز فلبطلان المعاملات والعبادات الواقعة عليه من المجنون .

و يدلّ عليه بالخصوص صحيحة الفضلاء و هو زرارة وبكير ومحمّد بن مسلم وبريد وفضيل بن يسار وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى[1] عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام «أنّ المدله ليس له طلاق ولا عتقه عتق» . والمدله ـ كمعظم ـ الساهي القلب الذاهل العقل من عشق ونحوه وما لا يحصي ما فعل وما فعل به .

ويؤيّده أيضاً ماقدمناه من الأخبار الصحاح الصراح من أنّ السفيه والضعيف باطلا التصرف ، والمجنون هو الضعيف .

وخبر الحلبي[2] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: سألته عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل يجوز بيعها وهبتها وصدقتها ؟ قال : لا » .

(وأمّا) شرط القصد فتدلّ عليه الأخبار الواردة في نفي صحّة عتق السكران مثل صحيحة زرارة[3] عن أبي جعفر عليه السلام « قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال : ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق » .

وخبر الحلبي[4] الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: سألته عن طلاق السكران، فقال : لا يجوز ولا عتقه » .

وموثّقته الاخرى[5] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: لا يجوز عتق السكران » .

و خبره[6] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن طلاق السكران و عتقه ، فقال : لا يجوز » .

(وأمّا) شرط الاختيار فيدلّ عليه مادلّ على بطلان عتق المكره بقول مطلق

---

(١) الكافي ج٦ ص١٩١ ح٣ وفيه « أن المدله ليس عتقه بعتق » ، الوسائل ج١٦ ص٢٩ ب٢٠ ح١ وفيه « أن الوله ليس عتقه عتقاً» .

(٢) الكافي ج ٦ص١٩١ ح٢وفيه« بيعها وصدقتها»،الوسائل ج١٦ص٣٠ب٢١ ح٣ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٢٧ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٢٩ ب١٩ ح٢ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٢٦ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣٠ ب٢١ ح١ .

(٥) الكافي ج٦ ص١٩١ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣١ ب٢١ ح٢ .

(٦) الكافي ج٦ ص١٩١ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣١ ب٢١ ح٣ .

وإن بقي معه القصد مثل صحيحة زرارة المتقدمة عن أبي جعفر عليه السلام « قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه ، فقال : ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق » .

وصحيحته الاخرى[1] كما في التهذيب أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام « قال: سألته عن عتق المكره ، فقال : ليس عتقه بعتق » .

وصحيحتي عبدالله بن مسكان [2] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سمعته يقول : لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتّى تخوّف نفسه أن يعتق أو يطلّق ففعل ليس عليه شيء » .

(وأمّا) المحجور عليه لسفه فلا يجوز عتقه للأخبار المانعة من تصرفاته كلّها، كالأخبار الواردة في تفسير الآية « إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً » و ما تقدم من صحيحة هشام بن سالم [3] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده ، وإن احتلم و لم يؤنس عنه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه ماله » .

وخبر أبي الحسين الخادم [4] كما في الخصال وقد تقدم عن قريب وفيه « إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز أمره إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً » .

(و أمّا) اشتراط نيّة التقرب في صحّة العتق هو أن يكون قاصداً به وجه الله تعالى، وثوابه على حدّ ما يعتبر في غيره من العبادات وإن لم يتلفّظ به، بخلاف صيغة الاعتاق فإنّ اللفظ معتبر فيها ، و حينئذٍ فيكفي أنّه حرّ و ما في معناه قاصداً به القربة فالأخبار به مستفيضة وعليه الاجماع .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٩١ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٢٩ ب١٩ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٢٦ ح١ ، الوسائل ج١٥ ص٣٣١ ب٣٧ ح٢ وفيهما « عبدالله ابن سنان ـ حتى يتخوف على نفسه ـ ففعل لم يكن عليه شيء » .

(٣) الكافي ج٧ ص٦٨ ح٢ وفيه « منه رشد » ، الوسائل ج١٣ ص١٤٣ ب٢ ح٥ .

(٤) الخصال ج١و٢ ص٤٩٥ ح٣ ، الوسائل ج١٣ ص١٤٣ ب٢ ح٥ .

فمن تلك الأخبار صحيحة هشام بن سالم وحمّاد و ابن اذنية وابن بكير وغير واحد (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه قال: لاعتق إلّا ما اريد به وجه الله تعالى » .

ورواه الصدوق (٢) مرسلاً .

وخبر علي بن أبي حمزة (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : لا عتق إلّا ماطلب به وجه الله عزّ وجلّ » .

وصحيحة حمّاد بن عثمان (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : لا صدقة ولا عتق إلّا ما اريد به وجه الله عزّ وجلّ » .

وصحيحة الفضلاء (٥) « قال أبو عبدالله عليه السلام : ما صدقة ولا عتق إلّا ما اريد به وجه الله عزّ وجلّ » .

وصحيحة سعد بن أبي خلف (٦) عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام «أنّه قال : لا يجوز عتق ولا صدقة إلّا ما تريد به الله عزّ وجلّ وثوابه» .

وعلى هذا اختلف أصحابنا في جواز عتق الكافر حيث إنّ تأتّي القربة منه غير معلوم .

فقيل : لا يصحّ مطلقاً ، واختاره ابن إدريس لأنّه عبادة شرعيّة ، و عليه المحقّق والعلّامة وجماعة محتجّين بذلك و باشتراطه نيّة القربة و هو متعذر من الكافر، و من ثمّ أجمعوا على بطلان عبادته المشروطة بالنيّة لا أنّ العبادة مشروطة

---

(١) الكافي ج٦ ص١٧٨ ح١، الوسائل ج١٦ ص٧ ب٤ ح١ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٦٨ ح١٠ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٧٨ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٧ ب٤ ح٢ .

(٤) الكافي ج٧ ص٣٠ ح١ ، الوسائل ج١٣ ص٣١٩ ب١٣ ح٢ .

(٥) الكافي ج٨ ص٣٠ ح٢ وفيه «لا صدقة»، الوسائل ج١٣ ص٣٢٠ ب١٣ ح٣.

(٦) الكافي ج٧ ص٤٤٢ ذيل ح١٨ ، التهذيب ج٨ ص٢٨٦ ذيل ح٤٦ ، الوسائل ج١٦ ص١٧٢ ب١٦ ذيل ح٢ وما في المصادر « ما اريد » .

بالثواب حيث تقع صحيحة وهي مشروطة بدخول الجنّة يثاب بها وفيها وذلك تمنع في حقّ الكافر [١] .

و يدلّ على كونه عبادة مشروطة بنيّة القربة ما قدمناه من الأخبار من قولهم « لاعتق إلّا ماارید به وجه الله تعالى» والمراد نفي الصحّة لأنّه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مراده .

وثاني الأقوال : عدم الاشتراط مطلقاً، وهو مختار الشيخ في كتابي الفروع، واحتجّ على ذلك بأنّ العتق أصله فكّ ملك وتصرف ماليّ ونفع المغير ، والكافر أهل لهذا كلّه ، بل إنّ ملكه أضعف من ملك المسلم ، ففكّه أسهل، ولأنّ العتق مبنيّ على التغليب ، وجاز حمل الخبر على نفي الكمال كقوله صلى الله عليه وآله [٢] «لا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد» ومن ثمّ انعقد الاجماع على بطلان عبارة الكافر المحضة دون عتقه ، ونحوه من تصرفاته الماليّة المشتملة على العبادات كالوقف والصدقة ترجيحاً لجانب الماليّة على العبادة .

وثالثها: القول بالتفصيل، واختاره جماعة من الأصحاب فيهم العلّامة في المختلف فحكموا بصحّة عتق الكافر إن كان كفره بغير جحود الخالق من جحد نبيّ أو كتاب أو غير ذلك ، وبطلانه ممّن كان كفره بجحد الخالق لتعذر حصول القربة ووجه الله تعالى منه بخلاف الأول ، لأنّ قوله عليه السلام في المستفيضة «لاعتق إلّا ما اريد به وجه الله» يقتضي اشتراط إرادة التقرب المتوقّفة على الاقرار بالتقرب إليه، وهذا هو المعتمد لأنّ حمله على نفي الصحّة أولى لأنّه الأقرب إلى المراد، فيتّفق وجود المقتضي وهو عتق الجامع للشرائط التي منها إرادة وجه الله سبحانه وتعالى به ، فإنّ الكافر إذا كان مقراً بالله عزّ وجلّ أمكن وقوع ذلك منه، ولايلزم من اشتراطه بالارادة المذكورة حصول المراد لأنّ ذلك أمر آخر خارج عن الشرط المعتبر .

---

(١) كذا في النسخة . (٢) التهذيب ج١ ص ٩٢ ح٩٣ ، الوسائل ج٣ ص ٤٧٨ ب٢ ح١ وفيهما « الا في مسجده » .

وقولهم «إنّ العتق عبادة فيشترط في صحّته الاسلام ليترتّب الثواب على فعله» ممنوع لانتفاء الدليل عليه، وحينئذٍ فالبطلان في الأول وهو الكافر الجاحد للالهيّة، فوجهه عدم تصور كونه مريداً بعتقه وجه الله تعالى، وقد ثبت اشتراط ذلك بالأخبار المستفيضة، وأنّ المراد به نفي الصحّة وحملها على نفي الكمال لا يلتزمه الشيخ في جميع الأحوال .

الثالثة : في شرائط المعتق ، يعتبر في المعتق كونه مملوكاً للمعتق بالفعل كما هو المشهور بين الأصحاب ، فلو أعتق غير المالك لا يقع صحيحاً وإن أجازه المالك لقوله صلى الله عليه وآله في الخبر النبوي[1] المروي من الطرفين « لا عتق إلّا بعد ملك » وهو مقتضي لوجود الملك بالفعل فلا يجري على مملوك الغير ، حتّى لو علّقه على الملك لم يفد شيئاً وكان لاغياً .

والأخبار بهذا عن أئمّتنا عليهم السلام مستفيضة منها صحيحة منصور بن حازم[2] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » .

وموثّقة أبي بصير[3] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال: كان الذين من قبلنا يقولون: لا عتاق ولا طلاق إلّا بعد ما يملك الرجل » .

وموثّقته الاخرى[4] كما في نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى مثله وزاد « كلّ من أعتق ما لا يملك فهو باطل » .

وصحيحة عبدالله بن مسكان[5] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : من أعتق ما لا يملك فلا يجوز » .

---

(١) الكافي ج٦ ص ١٧٩ ح٢ ، سنن أبي داود ج٢ ص ٢٨٥ .
(٢) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٨ ب٥ ح١ .
(٣) الكافي ج٦ ص٦٣ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٣ .
(٤) الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٣ .
(٥) التهذيب ج٨ ص٢٢٩ ح١٣٥ ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٤ .

وخبر مسمع [١] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاعتق إلّا بعد ملك » .

وخبر الحسين بن علوان [٢] كما في كتاب قرب الأسناد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليهم السلام « أنّه كان يقول: لاطلاق لمن لاينكح ولاعتق إلّا مايملك. و قال علي عليه السلام : ولو وضع يده على رأسها » .

وخبره الآخر [٣] أيضاً كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام « قال :لاطلاق إلّا من بعد نكاح ولاعتق إلّا من بعد ملك » .

وصحيحة علي بن جعفر [٤] كما في كتاب الرسائل له عن أخيه موسى عليه السلام « قال: سألته عن رجل يقول: إن اشتريت فلاناً فهو حرّ وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة وإن نكحت فلانة فهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء » .

وصحيحة الحلبي [٥] عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الفقيه « أنّه سئل عن رجل قال : كلّ امرأة أتزوجها ما دامت أم عاشت امّي فهي طالق ، فقال : لاطلاق إلّا بعد نكاح ولاعتق إلّا بعد ملك » .

ومثلها مرسلة المقنع [٦] عن النبي صلى الله عليه وآله .

وصحيحة محمّد بن قيس [٧] عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن رجل قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشتريت فلاناً فهو حرّ وإن اشتريت هذا الثوب

(١) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٨ ب٥ ح٢ .

(٢) قرب الاسناد ص ٤٢ وفيه «ولا عتاق» ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٥ وفيهما «لمن لا يملك» .

(٣) قرب الاسناد ص١١٣ ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٦ .

(٤) بحار الانوار ج١٠ ص٢٦٧ ، الوسائل ج١٦ ص٩ ب٥ ح٧ .

(٥) الفقيه ج٣ ص٣٢١ ح٣ ، الوسائل ج١٥ ص٢٨٦ ب١٢ ح١ .

(٦) المقنع ص٣٨ ، الوسائل ج١٥ ص٢٨٦ ب١٢ ح١ .

(٧) الكافي ج٦ص٦٣ح٥، الوسائل ج١٥ ص٢٨٧ ب١٢ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

فهو في المساكين ، فقال : ليس بشيء ، لاطلاق إلّا مايملك ولا عتق إلّا ما يملك ولا صدقة إلّا ما يملك » .

وخبر النضر بن قرواش [١] عن أبي عبدالله عليه‌السلام في حديث « قال : لا طلاق قبل نكاح ولاعتق قبل ملك » .

وخبر زرارة[٢] عن أبي جعفر عليه‌السلام « قال: من قال فلانة طالق إن تزوجتها وفلاناً حر إن اشتريته فليتزوج ويشتري فإنّه ليس يدخل عليه طلاق ولاعتق » .

وموثّقة معمّر بن يحيى [٣] عن أبي جعفر عليه‌السلام « قال : سألناه عن الرجل يقول: إن اشتريت فلاناً أو فلانة فهو حرّ وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين وإن نكحت فلانة فهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء ، لا يطلّق الرجل إلّا ماملك ولايعتق إلّا ماملك ولايتصدق إلّا بما يملك » .

وموثّقته الاخرى [٤] « أنّه سمع أبا جعفر عليه‌السلام يقول : لايطلّق الرجل إلّا ماملك ولايعتق إلّا ماملك ولايتصدق إلّا بما ملك » .

فهذه الأخبار كما ترى تنادي بأنّ اشتراط الملك بالفعل شرط في صحّة العتق ، وأنّ الفضولي منه باطل، وأنّ المعلّق على الملك منه باطل لأمرين: وقوعه من غير المالك وتعليقه على الشرط، وقد استثني من ذلك ما لوجعله نذراً أو مافي معناه من العهد واليمين، مثل: لله عليّ إعتاقه إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء بالنذر، ولا ينعتق بنفسه عند حصول الشرط ولو آناً ما،

---

(١) الكافي ج٨ ص١٩٦ ح٢٣٤ ، الوسائل ج١٥ ص٢٨٧ ب١٢ ح٤ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٥١ ح٨٤، الوسائل ج١٥ ص٢٨٨ ب١٢ ح٩ وفيهما «وفلان حر ــ وليشتر» .

(٣) التهذيب ج٨ ص ٥٢ ح٨٥ ، الوسائل ج١٥ ص ٢٨٩ ب١٢ ح ١٠ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج٨ ص٥٢ ح٨٦ وفيه في الموارد الثلاثة «ما يملك»، الوسائل ج١٥ ص٢٨٩ ب١٢ ح١١ .

فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك . هكذا استدلّ المحقّق .

واجيب بجواز الاكتفاء بالعتق الضمني كملك القريب الموجب للعتق آناً ثمّ يعتق ، إذ لا عتق قبل ملك .

هذا إذا كانت الصيغة: لله عليّ أنّه حرّ إن ملكته، أمّا إن كانت : لله عليّ إعتاقه، فلا إشكال في افتقار إعتاقه إلى الصيغة، و لو جعل نفس العتق يميناً لم يقع لأنّ اليمين لا ينعقد بالعتاق ولا بالطلاق ولا بالظهار كما سيجيء في مباحث كتاب الأيمان ، ولاستلزامه التعليق في غير النذر ، وقد سمعت فيما سبق أنّ التعليق مفسد له، وأكثر الأخبار الواردة في فساد المعلّق والحاكمة به إنّما جاءت في اليمين .

والفرق بين التعليق في اليمين والتعليق في غيره موكول إلى النيّة ، فإن كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعة أو الزجر عنه إن كان معصية كقوله إن حججت فأنت حرّ أو إن زنيت كذلك قصداً للبعث في الأول والزجر في الثاني فهو يمين وإن كان الغرض مجرد التعليق كإن قدم زيد أو دخلت الدار أو طلعت الشمس فهو شرط أو صفة ، والعتق لا يقع معلّقاً في الجميع كما تقدم .

ويتفرع على ماقلناه من اشتراط سبق الملك على العتق ممّا لو أعتق الأب والجدّ لأبيه مملوك ولده الصغير من غير أن يقوّمه على نفسه ويشتريه ، أو كان الولد بالغاً رشيداً ولم يشتر منه لم يصحّ ،لأنّه مالم يقوّمه على نفسه مع صغر الولد ومالم يشتره من الكبير يكون عتقه فضوليّاً، وعتق الفضولي قد عرفت بطلانه لتصريح تلك الأخبار ببطلانه صريحاً، وبأنّه لم يجز بعد اشتراط سبق الملكيّة فيها.

وهذا الحكم مجمع عليه إلّا في مسألة واحدة وهو مالو أعتق الأب مملوك الولد الصغير بدون تقويم ، أو كان الولد كبيراً أيضاً ، فإنّ للشيخ هنا خلافاً تفرد

به في كتابه النهاية والتهذيب حيث صحّحه استناداً إلى رواية حسين بن علوان[1] عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام «قال : أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال: يارسول الله صلى الله عليك وآلك إنّ أبي قصد عمداً إلى مملوكي فأعتقه كهيئة المضرة لي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أنت ومالك من هبة الله لأبيك، أنت سهم من كنانته ، يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ويجعل من يشاء عقيماً ، جازت عتاقة أبيك ، يتناول من ولدك ومالك وبدنك ، وليس لك أن تتناول من ماله ولابدنه شيئاً إلّا بإذنه» فقدم على تخصيص تلك الأخبار المعتبرة الصحيحة المجمع على مضمونها بهذه الرواية الشاذة الضعيفة برجال العامّة والزيديّة، فالأولى ارتكاب تأويلها بحسب ما يمكن ، فإن تعذر ذلك فالواجب إطراحها وحملها على التقيّة .

وقد حملها جماعة على الاستحباب بمعنى أنّه يستحبّ للولد أن يجيز ويمضي ما أمره به أبوه بأن يعمد إلى مايعتقه الأب فيعتقه .

واحتمل فيه محدّث الوسائل كون الأب شريكاً فيه ويشهد إليه قوله «كهيئة المضرة لي» بأن كان للولد فيه أكثره. واحتمل فيه ممّن كونه ينعتق على الولد. وإمّا على شراء الأب له مع صغر الولد واحتياجه إلى بيعه وعتقه إلى غير ذلك من التأويلات و احتمل فيه الشيخ أيضاً . و لايمكن أن يؤيّد بالأخبار الواردة في جواز تصرف الأب في مال الولد في نفقاته و مؤونته و توسعته ، لأنّ تلك قابلة أيضاً للتقييد و معارضة بما هو أقوى منها سنداً و دلالةً ، وأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إنّما قال ذلك في قضيّة مخصوصة حيث ادعى الأب إنفاق مال الولد على الولد فأنكره الولد بعد بلوغه فجادله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالتي هي أحسن لأنّ القول

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣٥ ح٨٢ وفيه « ان أبى عمد الى مملوك لى »، الوسائل ج١٦ ص٧٨ ب٦٧ ح١ و فيه « ان أبى عمد الى مملوكى » و فيهما « يتناول والدك من مالك وبدنك » وليس فيهما «على الله عليك وآلك» .

هنا قول الأب كما مرّ تحقيقه في المكاسب وفي كتاب الحج .

الثاني : الاسلام عندالأكثر، ومنهم شيخ التهذيب والمفيد والمرتضى والأتباع وابن إدريس والمحقّق والعلّامة لقوله تعالى «ولا تيمّموا الخبيث منه تنفقون»[١] نهى في هذه الآية في قصد الخبيث بالانفاق ، والأصل فيه التحريم المقتضي لفساد العبادة، وللأخبار الكثيرة التي مرّ ذكرها في اشتراط القربة لقوله عليه‌السلام فيها «لاعتق إلّا ما اريد به وجه الله تعالى» .

ولخصوص رواية سيف بن عميرة[٢] « قال . سألت أبا عبدالله عليه‌السلام : أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً ؟ قال : لا » .

والقول بصحّة عتقه مطلقاً ـ كما هو للشيخ في كتابي الفروع وقوّاه أول الشهيدين في شرح نكت الارشاد ـ هو ثاني الأقوال في المسألة للأصل وعمومات الأخبار .

و ما روي عن الحسن بن صالح [٣] عن أبي عبدالله عليه‌السلام « قال : إنّ عليّاً أعتق عبداً له نصرانيّاً فأسلم حين أعتقه » .

وبما رواه في كتاب قرب الأسناد عن البختري [٤] عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما‌السلام «أنّ عليّاً عليه‌السلام أعتق عبداً نصرانيّاً. ثمّ قال : ميراثه ما بين المسلمين عامّة إن لم يكن له ولي» .

وثالث الأقوال التفصيل وهو صحّته مع النذر وبطلانه مع التبرع ، وهو للشيخ في النهاية والاستبصار جمعاً بين الخبرين السالفين بحمل صحّة فعل علي عليه‌السلام

---

(١) سورة البقرة ـ آية ٢٦٧ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢١٨ ح١٥ ، الوسائل ج١٦ ص٢٤ ب١٧ ح٥ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٨٢ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٢٣ ب١٧ ح٥ .

(٤) قرب الاسناد ص٦٦ ، الوسائل ج١٦ ص٢٤ ب١٧ ح٦ وفيهما « ميراثه بين المسلمين » .

على أنّه كان قد نذر عتقه لئلّا ينافي في النهي عن عتقه في خبر سيف ، وهو جمع بعيد كما سنطلعك عليه ، وقد طعن في دليل الأول .

أمّا الآية فلأنّها إنّما دلّت على النهي عن إنفاق مال الخبيث ـ وهو المال الرديء أو الحرام من المال ـ على ما استفاضت به الأخبار في تفسير الآية كما مرّ في الزكاة والصدقات وذكره المفسّرون، ولا يلزم منه تحريم عتق الكافر لأنّ الانفاق في الماليّة لا لاعتاق الخبيث ، وربما كانت ماليّته خير من ماليّة العبد المسلم ، فهو من هذه الحيثيّة ليس بخبيث، مع أنّ إطلاق الانفاق على مثل ذلك تجوّز بعيد لايصار إليه إلّا بدليل، ولو سلّم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الرديء مطلقاً ، بل في الصدقة الواجبة للاجماع في النصوص والفتوى على جواز الصدقة المندوبة بالرديء من المال والجيّد. وإن كان الرديء أقلّ فضلاً والمعتبرة الدالّة على أنّه مأمور بالصدقة ولو بشقّ تمرة ومذقة من لبن وكراع من شاة .

وأمّا الخبر الأول فقد تقدم تحقيقه والمراد منه ، وأن ليس المعتبر فيه إلّا إرادة وجه الله تعالى وهي ممكنة في حقّ المعتق الكافر المقرّ بالله تعالى من مثله ومن المسلم إذا رجي بعتقه الخير واستجلابه إلى الاسلام، ونحو ذلك من المقاصد الجميلة التي يمكن معها إرادة وجه الله تعالى . ويؤيّده فعل علي عليه السلام حيث أعتق ذلك العبد النصراني حيث علم أنّه يترتّب على عتقه استجلابه إلى الاسلام ولهذا أسلم .

وأمّا رواية سيف فهي ضعيفة السند بأبي حمزة البطائني مع أنّها أخصّ من المدعى لأنّ موردها المشرك فلا يدلّ عليه بالعموم .

نعم ، يمكن أن يستدلّ لهم على المنع بخبر صباح المزني عن ناجية (١) «قال : رأيت رجلاً عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له: جعلت فداك إنّي أعتقت خادماً

(١) الكافي ج٦ ص١٩٦ ح٩ وفيه «عليها غداً»، الوسائل ج١٦ ص٢٣ ب١٧ ح٣ وفيهما «ما فعلت الخادم ؟ قال : حية ، قال : ردها الى مملوكتها». مع اختلاف يسير .

لي وها أنا أطلب شراء خادم لي فما أقدر عليها ، فقال : مافعلت بالخادم ؟ فقال: بعته، فقال: ردها في مملكتك ماأغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم وتكونون علينا غداً ، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً» . والمراد بالعارف هنا المؤمن أو المستضعف لما يأتي من جواز عتقه .

وبخبر علي بن أبي حمزة[1] وقد تقدم في كتاب الوصيّة «قال : سألت عبداً صالحاً عليه‌السلام عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد ما الذي سمّى، قال : ما أرى لهم أيزيدوا على الذي سمّى! قلت: فإن لم يجدوا؟ قال : فليشروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبيّاً» .

ولا ينافي هذا صحيحة علي بن مهزيار عن أبي علي بن راشد[2] «قال: قلت: لأبي جعفر عليه‌السلام : إنّ امرأةً من أهلنا اعتلّ صبيٌّ لها ، فقالت : اللّهمّ إن كشفت عنه ففلانة حرة والجارية ليست بعارفة، فأيّهما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها في وجه الله؟ قال: لا يجوز إلّا عتقها» لاحتمال أن يكون المراد بغير العارفة المستضعفة لصدقه عليها، ولا يستلزم سلب المعرفة النصب لأنّ نقيض الأخص أعمّ من نقيض الأعم، والكفر إنّما يستلزمه النصب ، فلا تحصل المعارضة بين هذا الخبر وما تقدم لتعليق المنع على النصب لاشعار خبر الأول لقوله عليه‌السلام «ما أغنى» إلى قوله «وغداً تكونون علينا».

أمّا الأخبار التي احتجّ بها المجوّز مطلقاً فالعامّ منها مقيّد بهذا الخاص، وما دلّ على عتق علي عليه‌السلام للنصراني فلعلمه عليه‌السلام أنّه يؤول له من ترغيبه في الاسلام ودخوله فيه .

وأمّا حديث قرب الأسناد فيمكن حمله على التقيّة لمطابقته لفتوى كثير منهم ولأنّه من مرويّاتهم .

---

(١) الكافي ج٧ ص١٨ ح١٠، الوسائل ج١٣ ص٤٦٢ ب٧٣ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٢٨ ح٥٦ ، الوسائل ج١٦ ص٧٤ ب٦٣ ح١ .

وأمّا دليل القول المفصل فقد عرفت أنّه نفس الجمع بين الخبرين ولا دلالة في شيء من الخبرين على ذلك .

وأمّا الاستدلال بصحيحة علي بن مهزيار فقد عرفت ما يرد عليها من قبولها للتأويل، بل ينبغي أن يقال بالمنع في النذر، والجواز في غيره لقيام الدليل على اشتراط الرجحان في النذر سيّما إذا كان المنذور العتق ، ألا ترى إلى خبر علي ابن أبي حمزة الذي مورده بالوصيّة قد أذن في شرائه من عرض الناس حيث لا يوجد المسلمة، واشترط أن لا يكون ناصبيّاً . فالأقوى إذاً المنع من عتق الكافر وسيّما إذا كان مشركاً أو ناصبيّاً وما أوهم الجواز يجب حمله على التقيّة أو على ما لو كان مستضعفاً .

أمّا ولد الزنا فهو موضع خلاف لاختلافهم في أنّ الأصل إسلامه لا كفره إذا لم يظهر كلمة الكفر، والمشهور جواز عتقه على كراهة ما لم يظهر كلمة الكفر أو يشرط أن يظهر كلمة الاسلام لما ثبت من التلازم الغالبي بين البغض لعلي عليه السلام وبين كونه ولد زنا ، والقول بعدم صحّة عتقه بناءً على كفره وإن أظهر الاسلام للمرتضى وابن إدريس ، والحقّ جواز عتقه إذا أظهر كلمة الاسلام بعد بلوغه ، وأمّا قبل ذلك فالأصل كفره ، وقد جمعنا بين الأخبار في كثير من مزبوراتنا .

ويدلّ على جواز عتقه صحيحة سعيد بن يسار (١) كما في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : لا بأس بأن يعتق ولد زنا» .

ومثله خبره (٢) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وكذلك ولده لموثّقة سعيد بن يسار (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل

---

(١) الفقيه ج٣ ص٨٦ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٢٢ ب١٦ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٢ ح٢ ، التهذيب ج٨ ص٢١٨ ح١٣ .

(٣) التهذيب ج٧ ص٢٤٨ ح١، الوسائل ج١٦ ص٢٣ ب١٦ ح٢ وفيهما «فيولد لهما ولداً يعتق» .

يكون عنده العبد ولد زنا فيزوجه الجارية فيولد له ولد يعتق ولده يلتمس به وجه الله؟ قال: نعم لابأس فليعتق إن أحبّ. ثمّ قال أبوعبدالله عليه السلام: لا بأس فليعتق إن أحبّ».

وأمّاحديث «أنّ ولدالزنالاينجب» فهو لايدلّ على كفره، فلايجوز التمسّك به في المنع لأنّ النجابة المنفيّة مغايرة للاسلام لغةً وعرفاً، وقد جاء نفي النجابة عن جماعة من آحادالمؤمنين ولو كان باعتبار صناعته كماجاء في الحايك أنّه لاينجب إلى سبعة آباء مثل ماورد في ولد الزنا.

وجاء في خبر سعيد بن جناح[1] كما في الخصال رفعه إلى أبي عبدالله عليه السلام «قال: ستّة لاينجبون: السنديّ والزنجيّ والتركيّ والكرديّ والخوزيّ ونبك الري» والخوزي أهل خوزستان والنبك المكان المرتفع، ويحتمل أن يكون إضافته إلى الري بيانيّة و في بعض النسخ تقديم الباء على النون و هو بالضمّ أصل الشيء وخالصه.

وقد جاء فيهم أيضاً أنّه لايدخل الايمان في قلوبهم كماجاء في خبر مطرق[2] مولى معن كما في الخصال عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه قال: لايدخل حلو الايمان في قلب سنديّ ولازنجيّ ولاخوزيّ ولا كرديّ ولابربريّ ولانبك الري ولامن حملته امّه من الزنا».

وفي مرفوعة داود بن فرقد[3] عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبدالله عليه السلام «قال: ثلاثة لا ينجبون: أعور يمين وأزرق كالفصّ ومولد السند».

إلى غير ذلك من الأخبار الشاهدة لمجامعة هذه الصفات المؤمن وإن لم يكن

(١) الخصال ج١ و ٢ ص٣٢٨ ح٢١ طبع مؤسسة النشر الاسلامی ــ قم.
(٢) الخصال ج١ و ٢ ص٣٥٢ ح٣٢ وفيه «الايمان قلب».
(٣) الخصال ج١ و ٢ ص ١١٠ ح٨٠ وفيه «أبی جعفر أو أبی عبدالله»، الوسائل ج١٤ ص٥٥ ب٣١ ح٣ وفيه «أعور عين».

إيمانه كاملاً .

الرابعة : لو شرط المعتق في عتقه على المملـوك شرطاً سائغاً من خدمة أو غيرها لم ينافي القربة لزمه الوفاء به ، وفاقاً للأكثر ، فيلزم العبد به .

أمّا لو شرط إعادته في الرقّ مع المخالفة فهـو موضع خلاف ، فالمشهور أنّه كذلك، وقيل : يبطل العتق لأنّهاشتراطللاسترقاق ممّن ثبت حريّته. وقيل: يبطل ، بل قد نقل جماعة عليه الاجماع الشرط خاصّة .

ويدلّ على الحكـم الأول المستفيضة من النبويّة وغيرها ، ومنها الصحيحة وغيرها [١] «المؤمنون عند شروطهم» .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مسلم [٢] عن أحـدهما عليهما السلام « في الرجل يقول لعبده : أعتقك على أن ازوجك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى، قال : عليه مائة دينار».

ورواه في الصحيح عن يعقوب بن شعيب [٣] «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثمّ مات الرجـل فوجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها؟ قال : لا» .

وما رواه ابن بابويه في الصحيح عن أبي العبّاس البقباق [٤] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سألته عن رجل قال : غلامي حرّ وعليه عمالة كذا و كذا ، قال : هو حرّ وعليه العمالة» .

وموثّقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٥] عنأبي عبدالله عليه السلام «قال: أوصىأمير

(١) الفقيه ج٣ ص٢٩ ح٢١ و ص٧٥ ح٨، الوسائل ج١٦ ص١٠٣ ب٤ ح٣ و٥ و٧ وفيهما «المسلمون» .

(٢) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٤، الوسائل ج١٦ ص١٨ب١٢ح٤ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٧ ب١١ ح١ .

(٤) الفقيه ج٣ص٧٥ ح٧، الوسائل ج١٦ص١٦ب١٠ ح٢ وفيهما «كذا و كذا سنة».

(٥) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح١ وفيه «أبا نيزر»، الوسائل ج١٦ ص١٦ ب١٠ ح١.

المؤمنين عليه السلام فقال: إنّ أبانيروز ورباحاً وجبيراً اعتقوا أن يعملوا في المال خمس سنين».

وموثّقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] عن أبي عبدالله عليه السلام بل صحيحته كما في التهذيب [2] «قال: سألته عن رجل قال: غلامي حرٌّ وعليه عمالة كذا و كذا سنة، قال: هو حرٌّ وعليه العمالة».

وصحيحته الاخرى[3] كما في الفقيه مثله، وزاد «قلت: إنّ ابن أبي ليلى يزعم أنّه حرٌّ وليس عليه شيء، قال: كذب، إنّ علياً عليه السلام أعتق أبا نيروز وعياضاً ورباحاً وعليهم عمالة كذا و كذا سنة ولهم كسوتهم ورزقهم بالمعروف في تلك السنين».

وصحيحة إسحاق بن عمّار [4] وغيره عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه وغيره ويزوجه بابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه».

وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله [5] «أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن ازوجك جاريتي هذه، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه». «قال: وقال أبو عبدالله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه على أن يزوجه ابنته وشرط عليه إن تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا و كذا، قال: يجوز».

---

(١) في الفقيه والتهذيب والوسائل «عن أبي العباس عن أبي عبدالله».
(٢) التهذيب ج٨ ص٢٣٧ ح٩٠، الوسائل ج١٦ ص١٦ ب١٠ ح٢.
(٣) الفقيه ج٣ ص٧٥ ح٧ وفيه «أبا نيزر»، الوسائل ج١٦ ص١٦ ب١٠ ح٣.
(٤) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٣، الوسائل ج١٦ ص١٨ ب١٢ ح٣ وليس فيهما «وغيره».
(٥) الفقيه ج٣ ص٦٩ ح١٥ و١٦، الوسائل ج١٦ ص١٧ ب١٢ ح١ و٢ وفيهما «فان نكحت».

وهل يشترط في لزوم الشرط على القول به قبول المملوك؟ قيل: لا، وهو ظاهر اختيار المحقّق، لأنّ المولى مالك العبد ومنافعه وله الضريبة عليه وهي إلزامه بمال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمةً أو مالاً فقد فكّ ملكه عنه وعن منافعه واستثنى بعضها فكان له ذلك.

وقيل ـ والقائل العلاّمة في التحرير ـ: ويشترط مطلقاً لاقتضاء التحرير تبعيّة المنافع فلا يشترط شيئاً منها إلاّ برضا المملوك.

وفصّل العلاّمة في القواعد ما اشترط في اشتراط المال دون الخدمة. واختاره فخر المحقّقين في شرحه على القواعد واستدلاّ على اشتراط قبوله في المال بما رواه حريز [1] في الصحيح «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ ولي مالك، قال: لا يبدأ بالحريّة قبل المال فيقول له: لي مالك وأنت حرّ إلاّ أن يرضى المملوك» فالمال للسيّد، وفي وصفه الرواية بالصحّة ونسبتها إلى حريز نظر لأنّ حريز بن عبدالله السجستاني تأبى روايته هنا القبليّة والبعديّة، مع مخالفته لما هو موجود في التهذيب لأنّ الراوي أبو حريز [2] وهو غير موثّق لأنّه واقفي فلا تكون الرواية من الصحيح، ومع ذلك فليست ممّا نحن فيه من شيء لأنّ موردها مال العبد عند عتقه، لأنّه لا يصير للسيّد إلاّ باشتراطه حيث يكون عالماً به، وإذا كان غير عالماً به فالمال للسيّد كما جاء في عدة أخبار معتبرة، فعرفه عليه السلام طريق الاشتراط بأن يكون سابقاً على العتق لا من باب اشتراط المال في مقابلة عتقه أو مخالفته لشرطه كما علمت من الأخبار السابقة ومحلّ ذلك الخلاف.

---

(١) الفقيه ج٣ ص٩٢ ح١ وفيه «قال: يبدأ بالمال قبل العتق ـ برضا من المملوك»، التهذيب ج٨ ص٢٢٤ ح٣٩ وفيه «أبي جرير قال: سألت أبا الحسن ـ برضا المملوك»، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٥ وفيه «أبي جرير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ـ برضا المملوك فان ذلك أحب الي».

(٢) وفي التهذيب «أبو جرير».

فمن تلك الأخبار المشار إليها موثّقة زرارة[١] كما في الكافي والتهذيب والفقيه عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إذا كان للرجل مملوك فأعتقه وهو يعلم أنّ له مالاً ولم يكن استثنى السيّد حين أعتقه المال فهو للعبد».

وصحيحة زرارة وحسنته[٢] عن أحدهما عليهما السلام كما في الفقيه والكافي «في رجل أعتق عبداً له وله مال، لمن مال العبد؟ قال: إن كان علم أنّ له مالاً تبعه ماله وإلّا فهو للمعتق» وزاد في الفقيه «وقال في رجل باع مملوكاً وله مال: إن علم مولاه الذي باعه أنّ له مالاً فالمال للمشتري، وإن لم يعلم البائع فالمال للبائع».

وخبره[٣] «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبداً وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أنّ له مالاً تبعه ماله وإلّا فهو له».

وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٤] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال وهو يعلم أنّ للعبد مالاً فتوفّي الذي أعتقه، لمن يكون مال العبد؟ يكون للّذي أعتق العبد أو للعبد، قال: إذا أعتقه وهو يعلم أنّ له مالاً فماله له وإن لم يعلم فماله لولد سيّده».

وحيث كان مؤدى هذه الأخبار كما ترى وأنّه لا يصير المال إذا كان معلوماً للمولى إلّا بالشرط عرفه طريقة الشرط ليصير ذلك المال له، فأمره أن يذكره

---

(١) الكافي ج٦ ص١٩٠ ح٢، الفقيه ج٣ ص٦٩ ح١٩، التهذيب ج٨ ص ٢٢٣ ح٣٧، الوسائل ج١٦ ص٣٣ ب٢٤ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٠ ح٣، الفقيه ج٣ ص٦٩ ح١٨ وفيه «عبداً له مال لمن مال العبد؟ ـ قال: ان علم مولاه»، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٢ و٣.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٢٣ ح٣٦ وفيه «أعتق عبداً له»، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٤.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٢٣ ح٣٨، الوسائل ج١٦ ص٣٥ ب٢٤ ح٦ وفيهما «أن له مالا ـ أيكون».

أولاً فلايمكن الاحتجاج به على هذه الدعوى، إذ لو كان كذلك لالتزم ذكره أولاً قبل العتق كما هو مقتضى هذا الخبر ، والعجب من غفلة علمائنا عن مؤداه حتّى احتجّوا به لقول العلاّمة ومن تبعه .

وأعجب من هذا غفلة السيّد في شرحه على النافع حتّى قال بعد طعنه في صحّة الرواية: لكن لابأس بالمصير إلى هذا القول اقتصاراً في الحكم بإلزام العبد شيئاً لسيّده بدون رضاه على موضع اليقين .

فالحقّ لزوم ذلك الشرط مطلقاً، سواء قدمه أو أخّره، رضي به العبد أم لم يرض لاطلاق تلك النصوص .

أمّا الشرط الثاني وهو اشتراط إعادته في الرقّ إن خالف وهو موضع الخلاف المتعلّق بصحّة العتق والشرط أو بطلانهما معاً أو صحّة العتق خاصّة وبطلان الشرط فالأخبار بالنسبة إلى هذه الأقوال كلّها منتفية سوى القول بصحّتهما لعموم المؤمنين عند شروطهم .

ولمعتبرة إسحاق بن عمّار [1] المتقدمة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن أغارها أن يرده في الرق، قال : له شرطه» .

وقد ضعّف المحقّق هذه الرواية في النكت لشذوذها وضعف سندها ومنافاتها لاصول المذهب .

وفيه نظر ، لأنّ الخبر ليس بضعيف إلّا من جهة رميهم لاسحاق بن عمّار بالفطحيّة ولم يثبت ، وأمّا الشذوذ فلا معارض لها في الأخبار بل عمل المشهور عليها مع تأييدها بـ « المؤمنون عند شروطهم» . أمّا ما استندنا إليه في البطلان بأنّ صحّة الشرط يستلزم عود من ثبت حريّته إلى الرقّ وهو غير جائز ولا معهود

---

(١) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص١٨ ب١٢ ح٣ وفيهما «ان هو أغارها» .

ففيه: أنّ هذه الكلّيّة لم تثبت، وعلى تقدير ثبوتها فيجوز تخصيصها بالنصّ على أنّه لم يعتق عتقاً مطلقاً بل عتقاً مشروطاً بقيامه بالشرط، ومع المخالفة يعود في الرقّ كما جاء في عتق المكاتبة المشروطة، وليس ذلك إلّا من جهة الشرط.

وأمّا القول الثالث الذي هو مختار ابن إدريس و قوّاه فخر المحقّقين في شرح القواعد ـ وهو صحّة العقد و بطلان الشرط ـ فوجهه: أنّ العتق مستكمل الشرائط فتثبت صحّته، وأمّا الشرط ففساده مختصّ به لأنّه مخالف لمقتضى العتق، إذ من شأن العتق الصحيح أن لا ينتقض وفساد الشرط لا يتعدى إلى العتق إلّا بدليل، كما ثبت في كثير من شرائط النكاح و البيوع الباطلة مع صحّة الأنكحة والبيوع كما تقدم في كتاب البيع و النكاح لأنّهما شيئان، ولا يلزم من فساد أحدهما العارض وهو مخالفته المشروع بطلان الآخر لأنّ بناء العتق على التغليب كما قررناه غير مرة.

وبالجملة: أنّ المتتبّع في هذا كلّه هو الدليل الخاص، ولا دليل من النصوص لما سوى القول المشهور.

وأمّا ما وجّهه ثاني الشهيدين في المسالك بطلانهما معاً بأنّ العتق مجرداً عن الشرط غير مقصود وبناء العتق على التغليب لا يدلّ على صحّته من دون القصد فهو من باب معارضة الدليل من الأخبار بالاعتبار.

تتمة

لو كان المشهور في العتق خدمة زمان معيّن وأخلّ المعتق بالخدمة المشترطة عليه تلك المدة لم يعد إلى الرقّ بذلك الاخلال، وليس للمشروط له مطالبته بالخدمة في مثل ذلك المدة للأصل وعدم كون الخدمة مثليّاً. وكذا ليس لورثته إلزامه بالخدمة لو مات المعتق المشترط لفوات الخدمة المعيّنة بالزمان.

وقد اختلفوا في أنّه هل تثبت مثل اجرة الخدمة المشروطة للمالك أو ورثته؟

قال الشيخ في نهايته وأتباعه و ابن الجنيد: لا ، لصحيحة يعقوب بن شعيب [١] التي رواها المحدّثون الثلاثة «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثمّ مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها ؟ قال : لا» .

وقال ابن إدريس والمحقّق والمتأخّرون : إنّه يجب عليه اجرة مثل تلك الخدمة لأنّها حقّ متقدم بالمال فيثبت في الذمّة قيمته وهو اجرة المثل . وهذه الروايات الصحيحة غير منافيه لذلك لأنّها إنّما نفت مماثل الخدمة ، ونحن نقول به لأنّ مدة الخدمة المعيّنة قد فاتت وهي ليست مثليّة حتّى تلزم الخدمة في مثلها وإنّما عليه اجرة مثلها لأنّها مستحقّة عليه وقد فوّتها عليهم ، ونفي الاستخدام لايقتضي نفي الاجرة الثانية لهم عوضاً عمّا فوّت عليهم من الحق . و هذا حسن و قد تقدم له في أحكام المهور من النكاح مايماثله كمن تزوج على تعليم سورة ثمّ طلّقها قبل الدخول وقبل أن يعلّمها أو بعد أن علّمها فإنّ المهر ينتصف هنا بنصف اجرة المثل على تعليمها .

ففي خبر زرارة [٢] عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي والتهذيب «في رجل تزوج امرأة على تعليم سورة من كتاب الله ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها ، فبم يرجع عليها ؟ قال : بنصف ما يتعلّم به تلك السورة» .

وهاهنا فروع

الاول : لو نذر عتق أول مملوك يملكه فاتّفق ملكه جماعة دفعة واحدة فلا كلام في صحّة النذر للدليل، وإن كان المنذور مبهماً فإنّه جائز فيه كما يجوز

(١) الكافي ج٦ ص١٧٩ ح٢ ، الفقيه ج٣ ص٦٩ ح١٧، التهذيب ج٨ ص٢٢٢ ح٣٠ ، الوسائل ج١٦ ص١٧ ب١١ ح١ .

(٢) الكافي ج٥ ص٣٨٢ ح١٤ وفيه «على سورة ــ فبما ــ يعلم به مثل»، التهذيب ج٧ ص٣٦٤ ح٣٨ وفيه «بم يرجع» ، الوسائل ج١٥ ص٢٧ ب١٧ ح١ .

نذر العين للأصل والنصوص .

ثمّ إنّه إن اتّفق ملك واحد ببيع أو هبة أو ميراث أو غيرها من الأسباب عتق ، وهل يشترط في عتقه أن يملك آخر بعده؟ وجهان، بل قولان مبنيّان من أنّ الأولويّة من الامور النسبيّة التي تقتضي أمرين : أحدهما ثبوتيّ وهو سبقه لغيره، والآخر عدميّ وهو عدم سبق غيره له، وعلى الشكّ في اقتضائه الأمر الأول عرفاً ، والأظهر عدم الاشتراط وإن ملك جماعة كما هو فرض المسألة المذكورة ثمّ ملكهم دفعة واحدة، ففيه أقوال:

أحدها : لزوم عتق واحد منهم ويخرج بالقرعة ، أمّا لزوم العتق فالمقتضي النذر لوجود شرطه ، فوجب الوفاء به لأنّ الأوليّة موجودة في كلّ واحد منهم لأنّه بملكه الجماعة صدق أنّه ملك واحد لأنّه من جملة الجماعة. وأمّا إخراجه بالقرعة فلانتفاء الأوليّة عن أحدهم ، ولصحيحة الحلبي (١) التي مرّ ذكرها عن الصادق عليه السلام « في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم ويعتق الّذي يخرج سهمه». وهذا مختار الشيخ في النهاية وقبله الصدوق وجماعة .

ومثل صحيحة الحلبي خبر عبدالله بن سليمان(٢) «قال: سألته عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر ، فلم يلبث أن ملك ستّة ، أيّهم يعتق ؟ قال : يقرع بينهم ثمّ يعتق واحد» .

وربما استشكل انعقاد النذر هنا لأنّه إنّما تعلّق بعتق مملوك واحد يصدق عليه أنّه أول ، فإذا ملك جماعة لم يوجد الشرط .

وفيه: أنّ الأوليّة صادقة مع الوحدة والتعدد إلّا أنّها هنا محتملة التعلّق

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٥ ح٤٤، الوسائل ج١٦ ص٦٩ ب٥٧ ح١ وفيهما «ويعتق الذى قرع» .

(٢) التهذيب ج٢ ص٢٢٥ ح٤٣، الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٧ ح٢ وفيهما «واحداً».

بكلّ واحد منهم، ولهذا حكم الشارع باستخراجه بالقرعة ليعلم ما عند الله فيما هو متساوٍ بحسب الظاهر .

وقال ابن الجنيد : يتخيّر الناذر مع بقائه وقدرته وإلّا فالقرعة. واختاره الشيخ في التهذيب والمحقّق في نكت النهاية .

واستدلّ عليه في التهذيب بما رواه عن الحسن الصيقل [1] وكذلك الصدوق في الفقيه « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر ، فأصاب ستّة ، فقال: إنّما كان لله عليه واحد فليتخيّر أيّها شاء فليعتقه» .

فأجاب عن رواية القرعة بالحمل على أنّ ذلك هو الأولى والأحوط وإن كان التخيّر جائزاً .

واستجوده السيّد في شرح النافع لو تكافأ السندان لكنّه قال: إنّ رواية القرعة صحيحة السند وفي طريق هذه الرواية عدة من الضعفاء فلا تصلح لمعارضة تلك الرواية . وكأنّه ـ قدس سره ـ أراد بالضعف ما يشمل إهمال الحال ، وإلّا فليس في طريقها من حكم بضعفه سوى إسماعيل بن يسار الهاشمي، وإلّا فعبدالله ابن غالب الذي هو في طريقها الظاهر أنّه الأسديّ الشاعر أخو إسحاق بن غالب وهو ثقة ، وأمّا الحسن الصيقل راويها فهو مهمل ولم يكن مقدوحاً عليه ، هذا إن لم يكن متّحداً بالعطّار أو الضبي، وإلّا كان ثقة فلم تتعدد الضعفاء فيها كما ترى.

ولهذا قال جده في المسالك : وهذه ـ يعني رواية الصيقل ـ ضعيفة السند فإنّ في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف والحسن الصيقل مجهول الحال . فكان على السيّد متابعة جده في هذا القدح والتحرز عن هذه العبارة الموهمة، وكأنّه ـ قدس سره ـ لم يراجع كلام جده هنا كمال المراجعة .

---

(١) الفقيه ج٣ ص٩٢ ح٢ وفيه «انما كانت نيته» ، التهذيب ج٨ ص ٢٢٦ ح٤٥ وفيه «انما كان نيته»، الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٧ ح٣ وما فى المصادر «نيته على واحد فليختر أيهم» .

ومع هذا كلّه فالرواية الناطقة بالقرعة المؤيّدة بخبر عبدالله بن سليمان ـ وقد مرّ ذكره ـ وهذه الرواية لامؤيّد لها ، فحملها على تعذر القرعة حسن وعند إمكانها فلاتخيير .

وأمّا الجمع بينهما بالاستحباب كما فعله العاملون بهذه الرواية الضعيفة بحمل صحيحة الحلبي على الاستحباب ففيه نظر، لعدم التكافؤ في العدد والسند، فالعمل بها متعيّن لعدم المعارض في الحقيقة ، وتحمل هذه الضعيفة على ما قلناه من تعذر القرعة ، ويمكن حملها على التقيّة لعدم اعتبار القرعة عندهم وإن رووها في صحاحهم لأنّهم خصّوا جوازها بزمن النبي صلى الله عليه وآله. وقد ذهب ابن إدريس إلى بطلان هذا النذر من أصله لعدم تحقّق محلّه لأنّه لايتحقّق إلّا مع الوحدة، لأنّ من يملك جماعة في أول وهلة لا أول لها لينعقد نذره ، وقد عرفت الجواب عنه .

واحتمل العلّامة في القواعد حريّة الجميع لتحقّق الأولية في كلّ واحد ، كمن قال من سبق فله عشرة ،ثمّ ضعّفه بوجود الفرق بين الصيغتين بأنّ «من» للعموم و«مملوك» للخصوص لأنّ المراد منها حال الايجاب فرداً بعينه.

وقال شهيدالدروس : إنّه لوأرادبمملوك الجنس ملغيّ فيه اعتبار الفرديّة ساوى «من»في الحكم والعموم،وهو مشكل، لأنّ الجنس يتحقّق بالواحد فلايعتق ماعداه، بخلاف «من» فإنّها في اللفظ موصولة وهي من صيغ العموم . ولو عبّر في هذا النذر بصيغة الموصول بأن يقول أول ما أملكه من المماليك فهو حرّ وجب عتق الجميع بغير إشكال.

الثاني: لو نذر عتق أول ماتلده أمته وكان ماتلده مملوكاً له فولدت توأمين عتقا جميعاً ، والوجه في ذلك أنّ «ما» في «ماتلده» موصولة فتتناول الجميع بخلاف لفظ المملوك في المسألة السابقة فإنّه نكرة في الاثبات فلا تعم .

ويدلّ عليه من الأخبار خبر عبدالله بن الفضل الهاشمي[1] عن أبيه رفعه «قال:

(١) الكافي ج٦ ص١٩٥ ح٧ ، الوسائل ج١٦ ص٤٢ ب٣١ ح١ .

قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولد تلده فولدت توأماً، فقال: اعتق كلاهما».

لكن مورد الرواية كما ترى إنما هو النكرة في سياق الاثبات. وظاهر كلام جملة من المتأخرين اعتبار عتقهما معاً متوقف على التعبير بالموصول، وأنه لو تعلق النذر هنا بأول ولد تلده المرأة لم يتناول المتعدد وكأنهم لم يلتفتوا إلى هذا النص إما لعدم الوقوف عليه أو لضعفه بالارسال و مخالفته للقواعد.

وفيه نظر، لأن التوأمين إن دخلا في الأولية لتنزيلهما منزلة الولد الواحد فلا إشكال في صدق الأولية عليهما، و إن نظر إلى كونهما متعددين تعلق العتق بمن تلده أولاً، و إن خرجا دفعة أو اشتبه حاله فالمحكم فيه القرعة أو التخيير في المسألة الاولى، فالحق اتباع النص في ذلك.

و قد حكم بعتقهما معاً إما لصدق الأولية عليهما معاً أو لأنهما بمنزلة الولد الواحد.

و قد اعتبر جماعة من المتأخرين في عتقهما معاً عند التعبير بـ «ما» الواردة دفعة واحدة، و إن كان نادراً قالوا: إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأول. وأطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعة تبعاً لاطلاق الرواية المذكورة.

قال ثاني الشهيدين في المسالك بعد نسبته هذا الكلام إلى الأكثر: و هو حسن لو صلحت الرواية لاثبات الحكم، وهذا ظن منهم بأن التعبير وقع فيها بلفظ «ما» ولم نقف عليها كذلك.

هذا كله إذا ولدت الأول حياً وإلا عتق الثاني لأن الميت لا يصلح للعتق و نذره صحيحاً يدل على موته التزاماً و قيل: يبطل هنا لفوات متعلقه. و لو ولدته مستحقاً للعتق كالمقعد والأعمى فالوجهان، و أولى بعدم عتق الثاني هنا لصلاحية الأول للعتق، غاية الأمر اجتماع سببين لعتقه، و هذا غير مضر. أما لو قال في نذره «أول حمل» عتق التوأمان مطلقاً بغير إشكال لأن الحمل اسم

التوأمين معاً .

الثالث : لو أعتق بعض مماليكه فقيل له : هل أعتقت مماليكك ؟ فقال : نعم لم ينعتق بهذا الاقرار إلّا من سبق عتقه و إن كان ظاهر الصيغة العموم .

والأصل في هذه المسألة موثّقة سماعة (١) كما رواه شيخ التهذيبين « قال : سألته عن رجل قال لثلاثة مماليك له : أنتم أحرار وكان له أربعة ، فقال له رجل من الناس : أعتقت مماليكك ؟ فقال : نعم ، أيجب العتق للأربعة حينئذٍ جميعهم ؟ أو هو للثلاثة الذين أعتق ؟ فقال : إنّما يجب العتق لمن أعتق» .

وقد رواها الصدوق(٢) أيضاً من الموثّق ، و هي مستند المشهور .

و الظاهر أنّ مرادهم لا ينعتق في نفس الأمر إلّا من سبق عتقه لأنّ قوله « نعم » في جواب ذلك السؤال لا يكفي في حصول العتق . أمّا في الظاهر فالحكم مشكل لأنّه يجب عليه الحكم بعتق الجميع لأنّ قوله « نعم » عقيب الاستفهام عن عتق عبيده الذي هو جمع مضاف مفيد للعموم، فيفيد الاقرار بعتق جميع عبيده. ويمكن أن يكون الاستفهام عن عبيده الذي سمع المستفهم بعتقهم فتكون الاضافة عهديّة فيلغى العموم عنها ،فلايدخل في الظاهر والواقع إلّا من أجرى العتق عليهم لأنّ الاقرار إنّما يجري على الظواهر عموماً وخصوصاً حيث يجرد عن القرينة وإلّا فعند وجودها فلا يحكم إلّا بما دلّت عليه .

و بهذا اندفع ماأورده ثاني الشهيدين في المسالك من البحث والاشكال حيث قال: وفي هذا الحكم بحث، وفيه على إطلاقه إشكال،لأنّ الحكم إن كان جارياً على مافي نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقراراً بالعتق ظاهراً فالحكم كذلك ،ولا فرق فيه بين كون من أعتقهم بالغين حدّ الكثرة أوعدمه، فلو كان قد أعتق واحداً منهم وعيّن بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه، لأنّ الاقرار ليس من الأسباب

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٦ ح٤٦،الوسائل ج١٦ ص٧٠ ب٥٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الفقيه ج٣ ص٦٨ ح١٢ .

الموجبة لانشاء العتق في الحال وإنّما هو إخبار فيما سبق، فلا يصحّ إذا لم يكن [له] مطابق [في] الخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضائه، فما كان قد وقع عليه العتق انصرف إليه و غيره يبقي على أصل الرق ، قليلاً كان أم كثيراً.

وإن كان جارياً على ظاهر الاقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع مماليكه، لأنّ «مماليك» جمع مضاف ،وهو يفيد العموم، و«نعم» يقتضي تقرير السؤال وإعادته فيكون إقراراً بعتق الجميع ، والرواية قاصرة عن إفادة قصر الحكم على ما في نفس الأمر وإطراح الاقرار ظاهراً من حيث إنّها مقطوعة ضعيفة السند، إلّا أنّ الشيخ لا يراعي في علمه تصحيح الروايـة خصوصاً في النهاية ، و تبعه الجماعة زاعمين انجبار الضعف بالشهرة بل بصيغة جمع الكثرة ، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه خاصّة و تحصل المطابقة بين عتقه لواحد وبين قوله عتقت مماليكي .

ولأجل ذلك استقرب العلّامة في القواعد اشتراط الكثرة في المعتق ليطابق لفظ الاقرار، والاشكال فيه أقوى من الاطلاق لأنّه لا يجري على الظاهر ولا على ما في نفس الأمر .

أمّا الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الاقـرار عتق الجميع من حيث إنّ «مماليك» جمع مضاف وقد أقره بالاقرار به .

وأمّا في نفس الأمر فلأنّ العتق لم يقع فيه إلّا على من باشر عتقه خاصّة، وصيغة الاقرار ليست من الأسباب المسبّبة لعتق باقي العدد المعتبر في الكثرة منه لما وقع عليه العتق .

واعتذر له ولده فخر الدين ـ رحمه الله ـ بأنّه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله هؤلاء مماليكي حقيقة . فإذا قيل له : أعتقت مماليكك؟ فقال : نعم وهو يقتضي إعادة السؤال و تقريره ، فيكون إقراره بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم لأصالة البراءة، ولأنّ الاقرار إنّما يحمل على التحقيق والمتيقّن لا على ما فيه احتمال .

ثمّ قال: وهل يشترط في الاقتصار على كثيره بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة أم لا ؟ قولان و منشأهما : أنّ اللفظ إنّما يحمل على الاقرار على أصل الحقيقة ومن حيث أصل البراءة ومن جواز التجوّز به، فعلى عدم الاشتراط يكتفي بالواحد على الاشتراط ويلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع ، ويكون في الباقي كالمشتبه ، ثمّ جعل هذا البحث مبتنياً على الحكم بمجرد الاقرار ظاهراً، أمّا البحث عمّا في نفس الأمر فلا ينعتق إلاّ ما وقع عليه العتق .

ثمّ قال ـ قدس سره ـ بعد انتهاء الكلام إلى هذا المقام من كلام العلاّمة وابنه: وفيه نظر من وجوه :

الأول : ظهور الفرق بين المتنازع فيه وهو قوله « أعتقت مماليكي » الذي هو مقتضى قوله « نعم » جواباً لمن [١] « أعتقت مماليكك » و بين قوله عن ثلاثة من مماليكه « هؤلاء مماليكي و إن اشتركا في صيغة العموم ، لأنّ لفظ العموم يستغرق ما يصلح له ويدخل فيه دون غيره، فقوله «أعتقت مماليكي» يصلح الجميع من هو داخل في ملكه وإن بلغوا ألفاً فيتناولهم العموم، وقوله «هؤلاء مماليكي» إنّما يتناول المشار إليهم دون غيرهم فلا يلزم من صدق قوله من الثلاثة هؤلاء مماليكي اختصاص الحكم بعتق الثلاثة إذا قال أعتقت مماليكي الدالّ بلفظه على الجميع .

الثاني: قوله « فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم» لا يتمّ إلاّ بحسب نفس الأمر ، أمّا بحسب الظاهر فقد وجد الاقرار بالعتق الدالّ بالوضع على الجميع فلا يختصّ بالبعض ، وبهذا يقطع أصل البراءة ، وقد اعترف بأنّ الحكم مبنيّ على الظاهر لا على نفس الأمر حينئذٍ .

الثالث: قوله « إنّ الاقرار إنّما نحمله على التحقيق والمتيقّن في نفس الأمر لا على ما فيه احتمال » إن أراد به المتيقّن بحسب مدلول اللفظ فمسلّم ، لكن لا

(١) والصحيح « لمن قال » .

ينفعه في الاقتصار على الثلاثة لأنّ مدلول اللفظ والمتيقّن منه يتناول لجميع مماليكه بالنظر إلى عموم لفظة الاقرار ، و إذا أراد المتيقّن في نفس الأمر ويبقى المحتمل خروجه و إن دلّ عليه لفظ الاقرار فظاهر فساده لأنّ الانسان مؤاخذ بما دلّ عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر براءته منها. و كذا لو قال أعتقت عبيدي ولم يكن أعتق أحدمنهم فإنّه يؤخذ بإقراره ويحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم .

الرابع : ترتيب الخلاف في الحكم على عتق واحد خاصّة أو أقلّ الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدالّ على الجميع، والعموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع .

أمّا الاختصار على الواحد فلايقتضيه اللفظ بوجه، ولا يقول أحد بأنّ من أقرّ بشيء بصيغة الجمع فضلاً عن العموم يلزم واحد خاصّة ، وإنّما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعداً، أمّا على الواحد فليس محلّ نظر أصلاً.

ثمّ قال : و الحقّ في هذه المسألة العمل بالظاهر و الحكم بعتق الجميع نظراً إلى مدلول لفظة قوله، وأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلّا بعتق من أعتقه خاصّة ولا يزيد عنه إلى أقلّ الجمع ولو كان أقلّ منه قطعاً .

نعم لو دلّت القرائن على أنّه لا يريد باللفظ مدلوله كما لو مرّ على عشّار و أراد أن يأخذ عليهم مظلمة فأقرّ بذلك مع ظاهر إرادته بخلاف مدلول لفظه اتّجه عدم الحكم عليه به ظاهراً كما لا يحكم به باطناً .

و عليه دلّت رواية الوليد بن هشام(١) « قال: قدمت من مصر ومعي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت : هم أحرار كلّهم ، فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه‌السلام فأخبرته بقولي للعشّار، فقال لي: ليس عليك شيء » . فلم يحكم عليه‌السلام بظاهر إقراره، وأقرّه على ما في نفس الأمر .

و كذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة مافي نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه‌السلام

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٧ ح٤٨ ، الوسائل ج١٦ ص٧١ ب٦٠ ح١ .

« إنّما يجب العتق لمن أعتق » إلى هنا كلامه ـ قدس سره ـ .

وفيه نظر من وجوه : أمّا (أولاً) ففي قوله « والرواية قاصرة عن إفادة أصل الحكم » إلى قوله « زاعمين انجبار الضعف بالشهرة » لأنّ الرواية لا قصور فيها بل هي واضحة فيما قلناه من قصر الحكم على ما في نفس الأمر، وليس فيها إطراح للاقرار لأنّه أقرّ بما استفهم عنه السائل المطّلع على ما أعتقه من الاقرار ، وأراد بهذا السؤال معلوميّة ما أخبر به بالاستظهار عليه من جهته فيكون بمنزلة المثال الذي ذكره العلاّمة ، فالصيغة و إن كانت من صيغ العموم إلاّ أنّ القرينة خصّصتها وجعلت إضافتها عهديّة كما أنّ اسم الاشارة في قوله «هؤلاء مماليكي» مشيراً بها إلى ما أعتقه من الثلاثة صار مخصّصاً لهذه الصيغة .

(وثانياً) بأنّ الرواية لاقطع فيها ولا إرسال لأنّها من باب الاخبار، و قد أسمعناك فيما سبق أنّ هذا الاضمار إنّما وقع على معيّن وهو المسؤول عن الأئمّة عليهم السلام في صدر الاسؤلة ، و إنّما نشأ الاضمار من اقتطاع الأخبار بعضها من بعض، و كذلك ليس مقدوحاً عليها بالضعف كما زعمه، لأنّها بالاصطلاح الجديد من الموثّق لأنّ رجاله ثقات إلاّ أنّهم غير إماميّين، وأمّا على طريقة القدماء فليس ببعيد أن تكون من الصحيح لأنّ مدار الصحّة عندهم على القرائن لا على و ثاقة الرجل و كونه إماميّاً كما يعلم من طريقة الشيخ بل من تأخّر عنه كالمحقّق كما مضى الكلام عليه من قريب .

(وثالثاً) في قوله «بل بصيغة جمع الكثرة، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه خاصّة فتحصل المطابقة» إلى قوله «ولأجل ذلك استقرب العلاّمة في القواعد» لأنّ جموع الكثرة وصيغها لا تحمل على ذلك الاصطلاح الخاصّ في الأقارير ولا في الوصايا لابتناء هذه الأحكام على العرف العام، وقد حقّق هو هذا الحكم في كثير من المسائل في الكتاب وغيره، فإنّ قاعدة جمع الكثرة والقلّة غير معتبرة وإنّما هما مشتركتان في القلّة والكثرة. نعم الخلاف إنّما وقع في تحديد القلّة من كونها ثلاثة أو اثنين.

وأمّا (رابعاً) فلأنّ قوله في الاعتراض على العلاّمة من ظهور الفرق بين المتنازعين فيه وهو قوله «أعتقت مماليكي» الذي هو مقتضى قوله «نعم» جواباً لمن قال «أعتقت مماليكك» وكذا قوله «فيدخل فيه دون غيره» لأنّ هذا الفرق غير ظاهر فيما نحن فيه، لأنّ كلاّ من الصيغتين من صيغ العموم وجموع الكثرة، وإنّما ادعى الفرق بينهما بحصول التخصيص في الثانية دون الاولى . وأنت قد عرفت أنّه لافرق بينهما لوجود القرينة في كلّ منهما .

نعم ، أنّ استدلالهم على هذا الحكم فيما لو كان المعتوق واحداً أم اثنين بهذه الرواية في غير محلّه ، لأنّها إنّما تدلّ على أنّ موضع هذا الحكم فيما لو كان المعتوق ثلاثة فصاعداً ويكون المملوك أكثر منه عدداً فينصرف المقرّ به وإن كان بصيغة العموم الشاملة لجميع الأفراد إلى ما وقع عليه العتق خاصّة ، لكن بشرط أن لا ينقص عن الثلاثة ليتطابق الظاهر و الواقع بعد تخصيص الظاهر بالقرينة، وهذا الذي قصده العلاّمة ـ قدس سره ـ ووجّه به ابنه كلامه في الجملة .

فالواجب قصر هذا الحكم على مدلول الرواية وموردها، وقد عرفت البحث أنّ موردها الثلاثة فلايجري فيما لو كان المعتوق واحد أو اثنين ، لأنّ تخصيص صيغة الجمع التي ظاهرها العموم وإرجاعها إلى الواحد من المجازات البعيدة التي لايصار إليها إلاّ في مواضع نادرة كقولهم «بنو فلان قتلوا زيداً» وإنّما قتله واحد منهم أو عند قصد التعظيم كآية «الذين يؤتون الزكاة وهم راكعون»[1] حيث نزلت في علي عليه السلام . وبهذا يتبيّن لك وجه النظر في الوجوه التي تنظّر بها على الشيخ والعلاّمة .

والعجب منه أنّه قد ذكر في آخر كلامه أنّه لو دلّت القرائن على أنّه لايريد باللفظ مدلوله كمرور المالك على العاشر وإقراره بأنّ مماليكه أحرار حذراً من المظلمة فيلغي ذلك الاقرار ويعتمد على القرائن ونفس الأمر ، ويلغي

(١) سورة المائدة ـ آية ٥٥ .

الاقرار بالمرة ، ويمنع ذلك في الرواية التي هي مورد هذا الحكم مع اشتمالها على تلك القرينة .

ولهذا قال في آخر كلامه «وكذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة مافي نفس الأمر». نعم في قوله «لا الظاهر» نظر لأن الظاهر هنا مطابق لما في نفس الأمر حيث إن السؤال مخصص للجواب وصارف الاضافة عن الاستغراق إلى العهدية كما سمعت، فبطلت هذه المناقشات والمؤاخذات من أصلها .

الخامسة : لو نذر كل عبد قديم أو أوصى بعتقه كذلك انصرف إلى من مضى عليه من ملكه ستة أشهر فصاعداً كما ذكره الشيخ في النهاية وتبعه عليه جماعة من المتأخرين ، حتى ابن إدريس الذي من شأنه القدح في أخبار الآحاد والرد لها ، وما ذاك إلا لصحة هذا المستند عنده .

والأصل في هذا الحكم خبر داود النهدمي[1] عن بعض أصحابنا «قال: دخل أبو سعيد المكاري على أبي الحسن الرضا عليه السلام» وساق الحديث إلى أن قال : «فقال له : رجل قال عند موته كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله ، قال : نعم ، إن الله يقول في كتابه «حتى عاد كالعرجون القديم»[2] فما كان من مماليكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حر» .

ورواه الشيخ بهذا الاسناد كما في الكافي[3] وبإسناد آخر لا يخلو عن شائبة الارسال أيضاً .

ورواه في عيون أخبار الرضا عليه السلام[4] بطريق معتبر «قال : دخل أبو سعيد

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣١ ح٦٨ وفيه « فقال : رجل » ، الوسائل ج١٦ ص٤٠ ب٣٠ ح١ .

(٢) سورة يس ـ آية ٣٩ .

(٣) الكافي ج٦ ص١٩٥ ح٦ .

(٤) عيون أخبار الرضا ج١ ص٢٣١ طبع قم، الوسائل ج١٦ ص٤٠ ب٣٠ ح١.

المكاري» وذكر الحديث .

ورواه المفيد في إرشاده (١) مرسلاً «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى فقال : اعتق عنّي كلّ عبد قديم في ملكي فلمّا مات لم يعرف الوصي ، بم يصنع ؟ فسئل عن ذلك فقال: يعتق عنه كلّ عبد في ملكه ستّة أشهر، وتلا قوله تعالى «والقمر قدرناه منازل حتّى عاد كالعرجون القديم» وقد ثبت أنّ العرجون إنّما ينتهي بالشبه بالهلال في تقوّسه بعد ستّة أشهر من أخذ الثمرة منه» .

والروايات الاولى كما ترى قداشتملت على لفظ «المملوك» الشامل للمذكر والانثى ولكنّ الشيخ عبّر بلفظ «العبد» وتبعه من تأخّر عنه . حتّى أن العلاّمة في القواعد استشكل الحكم في الآيـة ، و أورد عليه ولده في الشرح الموسـوم بالايضاح بأنّ في خبر أبي سعيد المكاري كلّ مملوك و هو يتناول الأمة فيكون منصوصاً عليها .

ثمّ أجاب عنه بأنّ المصنّف ـ يعني والده ـ لم يستند في قوله إلى هـذه الرواية بل إلى إجماع الأصحاب وهو بلفظ العبد، وفيه ضعف لأنّ المسألة لم تكن إجماعيّة ، لأنّ كثيراً من العلماء كابن الجنيد والصدوق وسلاّر لم يتعرضوا لها ، وإنّما الأصل فيها الشيخ وطريقه في النهاية الاستناد إلى مجرد الروايات من غير بحث عن طرقها أو ندورها كما هو المعلوم من عادته، ولكن اتّباع ابن إدريس له مع تصلّقه(٢) في الأخبار حملهم على شبهة الاجماع، حيث إنّه لا يعتمد على أخبار الآحاد مطلقاً، فعلمه بمضمونها ممّا يدلّ على فهمه أنّه مجمع عليه. هذا أقصى ما أمكن أن يوجّه به كلامهم .

وأنت قد عرفت من الأخبار التي أوردناها في هذه المسألة بعضها بلفظ «المملوك»

---

(١) ارشاد المفيد ص١١٨ طبع بيروت، الوسائل ج١٦ ص٤١ ب٣٠ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) كذا ، ولعله «تصلبه» .

وبعضها بلفظ «العبد» وفي إطلاق كلّ من اللفظين على آخر في أماكن متعددة دالّة على أنّهما مترادفان، وأنّه في مقام التعميم والكلّيّة يعتبر فيه تغليب الذكر على الانثى ، فالأمة داخلة على التقديرين ، والفرق تحكّم وإن كان العموم في المملوك أظهر وأشهر .

واعلم أنّ المتأخّرين اختلفوا في تعدي هذا الحكم من النذر والوصيّة بالملك إلى النذر بالصدقة بالمال القديم ، وكذلك في الاقرار وإبراء كلّ غريم قديم ونحو ذلك ،لشبهة أنّ القديم من الحقائق الشرعيّة في ذلك القدر فيتعدى معتضداً بتعليل الرواية واستدلالها بقوله «حتّى عاد كالعرجون القديم» فإنّه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقاً ومن معارضة اللغة والعرف ومنع تخصيصه شرعاً لضعف المستند العاجز عن إثبات الحقائق الشرعيّة وقصر الاجماع المدعى لو تمّ على مورده ، وهذا هو الأقوى.

ولو قصر الجميع عن ستّة أشهر ففي عتق أولهم تملّكاً اتّحد أم تعدد ، وبطلان النذر وجهان، وعلى الصحّة لو اتّفق ملك الجميع دفعةً ففي انعتاق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان أيضاً ، والأقوى الرجوع في غير موضع النصوص والوفاق المدعى من العرف، فإن لم يدلّ على اتّصاف شيّ من متعلّق النذر بالقدم بطل إتباعاً للنصوص المخرجة هذا اللفظ عن حقيقته اللغويّة والعرفيّة إلى الحقيقة الشرعيّة، وهو قصره على المماليك من عبد أو أمة في النذور والوصيّة، وفيما سواها فليس إلّا القواعد اللغويّة والعرفيّة .

السادسة : لو نذر عتق أمته إن وطأها فخرجت عن ملكه انحلّ النذر واليمين وإن عادت له بملك مستأنف كما هو مجمع عليه بين الأصحاب .

وأمّا المستند في ذلك من الأخبار فهو مارواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مسلم (١)

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٦ ح٤٧ ، الوسائل ج١٦ ص٧١ ب٥٩ ح١ وفيهما « عن محمد ــ عن ملكه » مع اختلاف يسير .

عن أحدهما عليه‌السلام « قال : سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال:لا بأس بأن يأتيها قدخرجت من ملكه» .

واورد على هذا الاستدلال بعدم صراحتها في نذر العتق المعلّق على الوطء شكراً أو زجراً ، بل الظاهر منها أنّ العتق وقع معلّقاً على شرط في غير النـذر ، وقد عرفت أنّ هذا ممّا يفسدالعتق لاشتراط التنجيز فيه، لكنّ الأصحاب حملوها على النذر صرفاً لهذا العتق المعلّق على شرط إلى مايصحّحه وهو النذر .

وحملها ابن إدريس على ماإذا تعلّق النذر بوطئها وهي في ملكه، ولاريب في انحلال النذر بخروجها عن ملكه بهذا التقدير، كما أنّه لاإشكال مع إطلاق النذر، ولايبعـُد مساواته لصورة التعميم .

وفي تعدي حكمها إلى غير الأمة أو إلى التعليق بغير الوطء وجهان بل قولان: من مخالفتها للأصل حيث إنّ خروجها عن ملكه لامدخل له في انحلال النذر ، لأنّ غايته صيرورتها أجنبيّة منه والنذر يصحّ تعلّقه بالأجنبيّة كنذر عتقها إن ملكها وهي في غير ملكه ابتداءً كما تقدم في نظائره. ومن حيث الايماء في الرواية إلى العلّة بقوله «قد خرجت عن ملكه» وذلك موجب للتعدي إلى ما يوجد فيه العلّة المنصوصة .

والأقوى الأول لأنّ هذه العلل ليست حقائق حقيقة وإنّما وضعت تقريباً للأفهام وإلجاماً للعوام .

لكن في هذه الرواية على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف للمالك في المال المنذور المعلّق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور، وموضع الحكم بانحلال النذر ماإذا لم يعمّم نذره ولو بالنذر مايشمل الملك العائد، وهذه الرواية ممّا تفردت بهذا الحكم حيث لم يكن في الباب سواها على ما بلغنا. نعم هي من مرويّات الفقيه والتهذيب ، وفي كليهما من الصحيح .

السابعة : من أعتق من المماليك وله مال بناءً على أنّ المملوك يملك شيئاً في الجملة كما هو مذهب المشهور ، لا كما زعمه ثاني الشهيدين في المسالك من أنّ الأكثر على العدم فهو للمولى سواء اعتق أم بقي على الرقيّة مالم يعلم أنّ أصله من جهة خارجة .

ثمّ إنّه على القول بجواز ملكه حيث يعتق وكان بيده مال فهو له، فإن علم به المولى ولم يستثنه وإلّا فهو للمولى ، وقد قدمنا لك جملة من المعتبرة في بيان اشتراط المولى على العبد شيئاً من الشرائط حالة عتقه .

فمن تلك الأخبار صحيحة زرارة [1] عن الباقر عليه السلام «قال: سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال ، لمن المال ؟ فقال : إن كان يعلم أنّ له مال تبعه وإلّا فهو له» .

وفي رواية اخرى عن زرارة [2] أيضاً و قد تقدمت عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا كاتب الرجل مملوكه وأعتقه وهو يعلم أنّ له مالاً ولم يكن استثنى السيّد المال حين أعتقه فهو للعبد» .

وقد توقّف العلّامة في المختلف مع حكمه بعدم ملك العبد نظراً إلى صحّة هذه الرواية .

وفي الاستدلال بهما نظر، لأنّ (الاولى) وإن صحّ طريقها على الاصطلاحين القديم والحديث إلّا أنّه ليس فيها ذلك الحكم مع استثناء المولى يكون له ، بل أطلق فيها أنّه مع علمه بالمال ولم يستثنه فيكون للعبد .

(والثانية) وإن دلّت على الحكم المدعى في القول لكن في طريقها عبدالله بن بكير وحاله مشهور لانتسابه إلى الفطحيّة، لكن قد نقل الشيخ إجماع العصابة على

(١) الكافي ج٦ ص١٩٠ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٤ وفيهما «سألت أبا جعفر عليه السلام» مع اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٠ ح٢، الوسائل ج١٦ ص٣٣ ب٢٤ ح١ وفيه «أو أعتقه».

تصحيح مايصح منه وإن كان قطعياً، لكن أيضاً هذه العبارة مشتبهة ولهذا احتملوا فيها معاني متعددة. فعلى هذا يمكن التمسك بظاهرها في صحة رواياته لمكان هذا الاجماع، فيمكن الاستناد إلى روايته. فيجب حمل الاولى عليها بمعنى أنه لو لم يستثنه حملاً للمطلق على المقيد.

ثم على تقدير توقف ملك المولى على استثناء المال عند العلم به لافرق عندهم بين أن يقدم على العتق وبين أن يؤخره مع الاتصال لأنه كلام واحد لايتم إلا بآخره.

والشيخ قد اشترط تبعاً للروايات الآتية تقديم الاستثناء على التحرير لرواية جرير [(١)] التي نسبها فخر المحققين في شرح القواعد لوالده إلى حريز ووضعها بالصحة غفلة عن القرينة القبلية والبعدية «قال: سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت حر ولي مالك، قال: لايبدأ بالحرية قبل العتق تقول: لي مالك وأنت حر برضا المملوك» ولأنه إذا قدم التحرير انعتق بقوله: أنت حر، فلا يقع الاستثناء موقعه. هذا كلامه.

وتنظر فيه ثاني الشهيدين في المسالك بما حاصله: أن الرواية قد تضمنت شرطاً زائداً وهو اعتبار رضا المملوك وهم لايقولون وبأنا نمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام لأن الشرط من جملة الصيغة، وهذا محقق.

وأما باقي الروايات التي أشرنا إليها فيما سبق فهي ترجع إلى موافقة هذه الروايتين وليس فيها تعرض لما في روايه أبي جرير الواقفي من تقديم هذا الشرط بل هي مطلقة، لكن يمكن ردها من جهة الاطلاق إليها، والأحوط مراعاة ما اشتملت عليه من التقديم والرضا، حيث إن باقي الروايات لاتأبى هذا التقييد.

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٤ ح٣٩، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٥ وفيهما «أبي جرير ـ قبل المال يقول:».

نعم قد جاء في بعض الروايات في هـذا الحكم ما يدلّ على أنّ في بعض معتقات علي عليه السلام وكان له مال وأنّه جعل المال لهم معاً ثمّ جعـل ما يخصّه عليه السلام للعبد، ولعلّ هذا على جهة الاستحباب أو لاحتمال أن يكون له مال في نفس الأمر ولم يتعلّق له علمه عليه السلام العادي، فاشترط جميع ذلك للمعتق من باب التفضيل منه عليه السلام، وحينئذٍ فتنطبق الأخبار على وتيرة واحدة.

ومن تلك الأخبار أيضاً صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال وهو يعلم أنّ له مالاً فتوفّي الذي أعتق العبد، لمن يكون مال العبد؟ يكون للّذي أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذا أعتقه وهو يعلم أنّ له مالاً فماله له، وإن لم يعلم فماله لولد سيّده».

وفي خبرين آخرين لزرارة[2] أحدهما من الصحيح والآخر من الضعيف غير ما تقدم «قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبداً وللعبد مال: لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أنّ له مالاً تبعه وإلّا فهو له».

وأمّا الخبر المشتمل على فعل علي عليه السلام في جعله المال لعبده فهو خبر إسحاق ابن عمّار[3] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّ عليّاً عليه السلام أعتق عبداً فقال له: إنّ ملكك لي ولك وقد تركته لك».

الثامنة: إنّ من أوصى بعتق ثلث مماليكه استخرج ذلك الثلث بالقرعة، وقد جرت عادة أصحابنا في مؤلّفاتهم أن يذكروا هذه المسألة تارةً في العتق وتارةً في الوصيّة، ثمّ إنّه إذا تساووا عدداً وقيمةً أو اختلفوا وأمكـن التعديل أثلاثاً

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٣ ح٣٨ وفيه «عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألته ــ أيكون للذى»، الوسائل ج١٦ ص٣٥ ب٢٤ ح٦.

(٢) الكافى ج٦ ص ١٩١ ح٤، التهذيب ج٨ ص ٢٢٣ ح٣٦، الوسائل ج١٦ ص٣٤ ب٢٤ ح٤.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٣٧ ح٨٨، الوسائل ج١٦ ص٣٥ ب٢٤ ح٧ وفيهما «أعتق عبداً له ــ ولكن قد تركته لك».

فلا بحث، وإن اختلفت القيمة ولم يكن التعديل أخرج ثلثهم قيمةً وأطرح اعتبار العدد . وفيه تردد لمخالفته لاطلاق النصوص . وإن تعذر التعديل عدداً وقيمةً أخرجناها بالقرعة على الحريّة حتّى يستوفي الثلث قيمةً ولو بجزء من آخر .

ثمّ إنّه يقع هذا في حالين: (أحدهما) إذا أعتقا جزءً مشاعاً كالثلث مثلاً، (والثاني) مالو أعتق المريض الجميع فلم تنفذ وصيّته إلّا في الثلث واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعة .

وفي كيفيّتها طرق ، وهذه الطرق يشملها النصّ في ذلك، وهو صحيحة محمّد ابن مسلم [1] «قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له المملوكون فيوصي بعتق ثلثهم، فقال: كان علي عليه السلام يسهم بينهم» .

وصحيحة أبان عن محمّد بن مروان [2] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إنّ أبي ترك ستّين مملوكاً فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقهم» .

ورواه الصدوق بإسناده عن محمّد بن مروان [3] أيضاً .

وهذه الأخبار كما ترى قد دلّت على القرعة ولكن لم تشتمل على بيان طرقها فتشتمل الطرق المناسبة لها أجمع .

وقد ذكر الشهيد في الدروس في كيفيّة القرعة وجهين: (أحدهما) أن يكتبا أسماء العبيد بعد تجزئتهم ثلاثة أجزاء وبعد التعديل ، ثمّ يخرج على الحريّة أو الرقّيّة ، فإن خرج على الحريّة كفت الواحدة ، وإلّا أخرج رقعتين .

(وثانيهما) أن يكتب الحريّة في رقعة والرقّيّة في رقعة ويخرج على أسماء العبيد .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣٤ ح٧٥ ، الوسائل ج١٦ ص٧٧ ب٦٥ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص ٢٣٤ ح٧٦ وفيه « وأوصى بعتق ثلثهم » ، الوسائل ج ١٦ ص٧٧ ب٦٥ ح٢ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٧٠ ح٢٣ .

والذي روته العامّة عن النبي صلى الله عليه وآله في ذلك وذكره كثير من علمائنا تبعاً لهم في ذلك جمع كلّ ثلث في رقعة وقد كانوا ستّة فجزأهم ثلاثة أجزاء اثنين اثنين، وهو الذي ذكره المحقّق ـ رحمه الله ـ في الشرايع وهو يتمّ مع تساويهم قيمةً وقبول العدد التجزئة أثلاثاً كالستّة، ولهذا كتب اسم كلّ اثنين في رقعة من غير أن يتعرض في الكتابة للحريّة والرقّيّة، ثمّ يسترها ويخرج، فإن أخرج على الحريّة عتق الاثنان الخارجان أول مرة وصارت الأربعة المتخلّفة أرقّاء، وإن أخرج على الرقّيّة استرقّ الخارجان واحتيج إلى إخراج اخرى، ويتخيّر حينئذٍ بين الاخراج على الحريّة أو الرقّيّة، وعلى أيّهما أخرج حكم الخارج به وبقي من الرقعة الاخرى للآخر.

وإن كتب في الرقاع الحريّة والرقّيّة كما هو في الطريق الثاني من الطريقين المذكورين من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثاني فليكتب في رقعة حريّة وفي رقعتين رقّيّة على نسبة المطلوب في القلّة والكثرة، ثمّ يخرج باسم أحد أجزاء الثلاثة الذين ترتّبوا سابقاً، فإذا خرجت رقعة الحريّة انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرقّ استخرج المخصوصون بها واخرجت اخرى كما مرّ.

والطريق الثالث الذي ذكره البعض أن يكتب رقاع في الفرض المذكور إمّا بأسماء الستّة اسم كلّ واحد في رقعة ثمّ يخرج على الحريّة والرقّيّة كما مرّ إلى أن يستوفي المطلوب، أو يكتب في اثنين حريّة وفي أربع رقّيّة ثمّ يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه. وهذا الطريق أعدل لأنّ جمع اثنين على حكم واحد ويمنع من افتراقها في الحريّة والرقّيّة.

ومن الممكن خروج أحدهما حراً والآخر رقّاً لكن المشهور بين الفقهاء وهو الأول لوروده في الرواية المشار إليها، والأقوى جواز العمل على الجميع لعدم نهوض الرواية المذكورة بالتعيين. هذا كلّه إن أمكن تجزئتهم أثلاثاً بالعدد والقيمة كأن يكون قيمة كلّ واحد منهم مائة.

وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثاً بالعدد كستّة، قيمة ثلاثة منهم ستّمائة كلّ واحد مائتان وثلاثة ثلاثمائة كلّ واحد مائة، فيضمّ كلّ خسيس إلى نفيس ويجعلان أثلاثاً.

ولو اختلفت القيمة وأمكن التعديل بها دون العدد كما لو كان قيمة واحد مائتين وقيمة اثنين مائتين وقيمة ثلاثة مائتين ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان، بل قولان، أظهرهما اعتبار القيمة فيجعل الواحد ثلثاً والاثنين ثلثاً والثلاثة ثلثاً لأنّ المقصود الذاتي من العبيد الماليّة دون الأشخاص، ووجه اعتبار العدد موافقة المروي من فعل النبي صلى الله عليه وآله مع استبعاد تساوي الستّة في القيمة بكلّ وجه، وفي بعض الأخبار أنّهم كانوا متساوين قيمةً.

ولو أمكن التعديل خاصّة كستّ قيمة اثنين مائة واثنين مائة وخمسين واثنين ثلاثمائة قسموا ثلاثمائة بالعدد، فإن اخرج على الحريّة فخرج اثنان مساويات الثلث قيمةً فلا كلام، وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقين بالقرعة، وإن خرجا زائدين اعيدت القرعة بينهما وعتق من تخرجه الحريّة ومن الآخر تتمّة الثلث.

وإن لم يمكن تعديل عدد ولا قيمة كخمسة قيمة واحد مائة واثنين مائة واثنين ثلاثمائة ففي تجزئتهم وجهان: (أحدهما) تجزئة ثلاثة بالعدد مراعاةً لتقريب القيمة إلى التسوية ما أمكن، وإنّما فعل ذلك تقريباً إلى المروي وإن لم يكن مثله. (والثاني) وهو الأصحّ الاعتداد بالطريق الثالث خاصّة فتكتب خمس رقاع وتخرج ـ كما فصّل ـ إلى أن يستوفي الثلث ولو بجزء من واحد. وهذا مختار المحقّق في الشرايع حتّى لم يذكر غيره.

ولو كان قيمة الخمسة على السوي فعلى الطريق الأول يجزيه اثنين واثنين وواحداً، وعلى الطريق الثاني يكتب خمس رقاع بأسمائهم ويخرج على الحريّة والرقّيّة إلى أن يستوفي الثلث قيمةً. والوجه استعمال هذه في جميع الفروع

لاسيّما عند تعذر التعديل قيمةً وعدداً .

واعلم أنّ اعتبار القرعة في كتابة الرقاع هو المعروف بين علمائنا لأنّه موافق للرواية عن النبي ﷺ والروايات «من ولد وليس له ما للرجال ولا ما للنساء» كما سيجيء في الميراث ، ولبعده من التهمة ، وينبغي أن تكون متساوية ، وأن تدرج في بنادق من طين أو شمع وتجعل في حجر من لم يحضر عملها، وأن تغطّى بثوب أو تحت المصلّى ويدخل من يخرجها بيده من تحت الثوب، كلّ ذلك ليكون أبعد من التهمة .

واختلفوا في تعيين العمل بالرقاع وعدمه وإن كانت الرقاع أفضل. وتنظّر في ذلك شهيد المسالك، قال: لعدم دليل مخصّص،و كما روي من فعل النبي ﷺ بالرقاع كذلك فيما روي أنّه أقرع في بعض الغنائم بالبعر وأنّه أقرع مرة اخرى بالنوى . فلو قيل بجواز القرعة في ذلك كلّه وأشباهه كان وجهاً لحصول الغرض وإن كان الوقوف مع المشهور أولى

وفيه نظر، لأنّ هذين الخبرين من طريق العامّة وليس من مرويّاتنا، ولم يجىء في أخبارنا إلّا الرقاع والبنادق فكذلك أصحابنا لم يذكروا سواهما ، وفي خبر الاحتجاج والغيبة المرويّين عن صاحب الزمان عليه السلام فيما خرجا من التوقيع للحميري النهي عن سوى الرقاع والبنادق في الاستخارة والقرعة لكنّه ـ قدس سره ـ لم يقف على الرواية ، واغترّ بما روته العامّة من الأخبار الموضوعة للغواية ، ولكنّهم ـ قدس الله أسرارهم ـ في مقام الروايات إمّا إفراط أو تفريط على وجه لاينتهي إلى غاية . وهذا البحث آتٍ في جميع أفراد القرعة الواقعة في القسمة وغيرها بالخصوص لها في هذه الواقعة ، لأنّ دائرتها في الأحكام والفتوى واسعة.

التاسعة : من اشترى أمة بثمن مؤجّل نسية ولم ينقد شيئاً من ثمنها فأعتقها وتزوجها وجعل مهرها عتقها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه ورجعت على البائع رقّاً ، ولو جعلت كان ولدها رقّاً .

وقد تكلّموا على هذا الحكم في موضعين بل في مواضع ثلاثة: (أحدها) في النكاح (والثاني) في العتق (والثالث) في الميراث. وقد قدحوا في مستند هذا الحكم في أصله لمخالفته للقوانين المعتبرة في النكاح و في العتق وفي الأولاد، ومن ذلك عدل مشهور المتأخّرين عنها وقالوا لا يبطل العتق ولا يرقّ الولد وطعنوا في أسنادها، وقد ذكرها المحقّق في شرايعه مرتين، مرة في النكاح ومرة في العتق، واستوفى شارحوا كلامه هنا في النكاح، و قد تقدم من شارح الأصل كلام مستوفى في نكاح الاماء، ولا بأس بإعادة بعض ذلك الكلام تشييداً لذلك البناء وتنبيهاً عمّا عسى قد أغفله عن المناقشات التي يترتّب عليها إزالة بعض الاشكالات هنا.

وأصل مستندهم في هذا الحكم موثّقة أبو بصير (١) «قال: سئل أبو عبدالله عليه‌السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكراً إلى سنة فلمّا قبضها المشتري أعتقها من الغد وجعل مهرها عتقها ثمّ مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبدالله عليه‌السلام: إن كان للّذي اشتراها إلى سنة مال أو عقدة (يوم اشتراها وأعتقها) يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها، فإنّ عتقه وتزويجه جائز، وإن لم يكن للّذي عتقها وتزوجها مال ولا عقد يوم مات يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإنّ عتقه ونكاحه باطل لأنّه أعتق ما لا يملك، وأرى أنّها رقّ لمولاها الأول، قيل له: فإن كان قد علّقت من الذي أعتقها وتزوجها فما حال ما في بطنها؟ قال: مافي بطنها مع امّها كهيئتها».

قال المحقّق في النكت بعد ذكره لهذه الرواية: إن سلم هذا النقل فلا كلام لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الاصول المنافية لعلّه لا نتعقّلها: لكن عندي أنّ هذا خبر واحد لا يعضده دليل فالرجوع الى الأصل أولى.

---

(١) الكافى ج٦ ص١٩٣ ح١، التهذيب ج٨ ص ٢٣١ ح ٧١، الوسائل ج ١٦ ص٣٥ ب٢٥ ح١ ومافى المصادر «عن هشام بن سالم» مع اختلاف يسير ومابين القوسين ليست فى الرواية.

وفي الشرايع في مباحث النكاح صرح بردها ، وقبله الفاضل ابن إدريس لمخالفتها الاصول الشرعيّة المقتضية لصحّة التزويج والعتق لمصادفتهما الملك الصحيح وصدورهما من أهلهما في محلّهما الموجب لصحّتهما وحريّة الولد.

والمتأخّرون حيث اعتنوا بشأنها لصحّة سندها عندهم ، حيث إنّها تارةً رواها هشام عن أبي بصير كما في موضعين من التهذيب، وفي ثالث عن هشام عن أبي عبدالله عليه السلام بغير واسطة وكذلك في الكافي ، وكذلك نسبها شهيد المسالك إلى الاضطراب .

ومع ذلك فقد قدحوا في هشام المذكور لما ينسب له من العقائد الفاسدة وإن كان الأقوى براءة ساحته، فاحتاجوا بعد قبولها إلى تأويلها وردها إلى القواعد فحملها العلاّمة على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت بناءً على مذهبه من بطلان التصرف المنجّز مع وجود الدين المستغرق وحينئذٍ فترجع رقّاً وتبيّن بطلان النكاح .

واعترضه السيّد عميد الدين بأنّها قد حكمت بعود ولدها رقّاً كهيئتها، وهذا التأويل لا يتمشّى في عود الولد لأنّ غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمته ، فإذا وطأ الحرّ أمته لا يرجع ولده رقّاً بل غايته أنّ امه تباع في الدين .

وابنه فخر المحقّقين أجاب عن هذا الاشكال بأنّة ليس في الرواية ما يدلّ على رقّيّة الولد، إذ ليس فيها سوى قوله في شأنه « كهيئتها» وهو أعمّ من أن يكون كهيئتها في حال حريّتها قبل ظهور عجزه من الثمن فيكون حراً أو بعده فيكون رقّاً .

وردّه أول الشهيدين في شرح نكت الارشاد بأنّ هذا إيراد على النص، فإنّ المفهوم من قوله « كهيئتها» ليس إلاّ أنّ حكمه كحكمها في حال السؤال ، وقد حكم بذلك قبل رقّيّتها فيكون ولدها رقّاً . فتدلّ هذه العبارة بالمطابقة على رقّيّته لأنّ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، و ارتكاب هذا التأويل يمنع التعلّق

بجميع النصوص، وفي التزامه فساد لا يخفى على المتأمّل ورجوع عن طريقة الاستدلال ونكوص.

ومع ذلك أنّه لا يتمّ في الولد ولا في الأمّ أيضاً من وجه آخر وهي من أنّ الرواية دلّت على عودها رقّاً للبائع، وأين هذا من الحمل ومقتضاه لأنّ مقتضاه جواز بيعها في دينه لا عودها إلى ملك بائعها.

وحملها بعضهم على ما هو أبعد من فساد البيع وعلم المشترى به فيكون زانياً فتلحقه الأحكام.

وردّ بأنّ الرواية قد فرقت في هذا الحكم بين ما إذا خلّف ما يقوم بقضاء ما عليه وبين عدمه لصحّة النكاح والعتق في الأول دون الثاني، وعلى القول بفساد البيع لا يمكن جوازهما، خلّف شيئاً أم لم يخلّف.

ونزلها ثالث على أنّه فعل ذلك مضارة ومن شرائط العتق القربة. وردّ بأنّه لا يتمّ أيضاً في الولد.

وبالجملة: أنّ كلامه على هذه الرواية في القبول والردّ إفراط وتفريط وكلّما أتوا به من النصوص والأجوبة عنها مخدوشة، فليس سوى تلقّيها بالقبول وإخراجها بالاستثناء من تلك القوانين والاصول، صوناً لأخبارهم عليهم السلام عن النقوض ومخالفة المنقول. نعم يجب الاقتصار على مؤدّاها فيقيّد الثمن بالنسية ويكون التزويج على هذه الهيئة ومهرها عتقها ووقوع وفاته وهي حامل وتكون النسية إلى سنة، ومن عمل بها لم يعتبر ذلك كلّه، نظراً إلى عدم أدخليّة مثل ذلك في الحكم، وكذلك يعتبر بكارتها، ولا يصحّ إجراء حكمها في العبد ولو اشتراه نسية أو مطلقاً فأعتقه، لما بينهما من الفرق عند الاقتصار على مورد النصّ المخالف لقوانين العامّة، وحيث إنّه لابدّ من قبولها لقوة طريقها وعمل القدماء بمضمونها فلنقتصر على المنصوص بالخصوص، للسلامة من هدم تلك القواعد التي هي كالبناء المرصوص.

العاشرة: إذا أوصى شخص بعتق عبده فخرج من الثلث كما هو شأن الوصيّة لزم الورثة إعتاقه، فإن امتنعوا أعتقه الحاكم عليهم جبراً فيحكم بحريّته حين الاعتاق لا حين الوفاة، فيكون ما بين الاعتاق والوفاة من المدة لم يخرج عن الرق إذ لا ينفكّ عن آخر هذين الأمرين.

فلو اكتسب قبل الاعتاق وبعد الوفاة فلمن يكون كسبه؟ له لاستقرار سبب العتق بالوفاة؟ أو للوراث لتحقّق العتق عند الاكتساب؟ قولان، أحدهما للشيخ وهو أن يكون كسبه في ذلك الوقت له، وهذا في المبسوط مستدلّاً بما ذكره المحقّق وغيره من استقرار سبب العتق بالوفاة، ويتّجه أنّ السبب المقتضي لانتقال مال الوصي عن ملك الوارث وانصرافه إلى الوصيّة مستند إلى الوصيّة والموت. فكلّ منهما جزء لسبب وبالموت يتمّ السبب، فيكون العبد الموصى بعتقه بعد الموت بمنزلة الحرّ وإن توقّفت حريّته على الاعتاق فيتبعه الكسب لكن لا يملكه إلّا بعد العتق لأنّه قبله رقّ لا يملك، وإنّما كان أحقّ به.

و ردّه المحقّق بمنع استقرار السبب بالموت لأنّه مركّب من ثلاثة أشياء: الوصيّة والموت وإيقاع صيغة العتق. كما يتوقّف ملك الوصيّة لو كانت لمعين على قبوله مضافاً إلى وصيّته، وموت الموصي قبل القبول لا يملك وإن حصل الأمران الأخيران، ولو كان سبب العتق قديماً واستقرّ وجب أن يثبت معلوله وهو العتق وهذا لا يقول به حيث حكم بالرقّيّة، وإنّما يتحرر بالاعتاق، وحيث لم يكن تامّاً لم يثبت معلوله، وملكه له متوقّف عليه ولما امتنع خلوّ الملك عن المالك ولم يكن العبد مالكاً قبل العتق تعيّن أن يكون لا وارث إذ لا ثالث لهما.

واستشكل ذلك ثاني الشهيدين في المسالك بأنّ الله تعالى جعل الارث بعد الوصيّة النافذة كما هو صريح الكتاب والسنّة والاجماع، والغرض هنا كذلك وذلك يمنع من ملك الوارث له لخروجه عن ملكه بالوصيّة، غايته أن يكون الملك مراعى بالاعتاق فيتبعه الكسب، ويكشف عن سبق ملكه له كما يكشف عن

سبق الموصى له عن الوصيّة من حين الموت ، وفي حكم مالو أوصى بعقار يوقف في بعض الجهات و اخرج من الثلث قبل أن يوقف فإنّ نماءه يسبّل لتلك الجهات أمّا الموصى به على وجه لا يتوقّف على الصيغة كقوله أخرجوا عنّي العين الفلانيّة في حجّة ونحوها، فنماؤها بعد الموت وقبل الاخراج في الجهة تابع لها قطعاً لتعيّنها لتلك الجهة وخروجها عن ملك الوارث بالموت .

الحادية عشرة: لو أعتق المالك مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحّة ذلك العتق ووقوعه عن الآمر ، خلافاً لابن إدريس حيث حكم بوقوعه عنه ، نظراً إلى أنّ وقوع العتق عن الشخص مترتّب على ملكه له ،لقوله ﷺ في الأخبار المستفيضة «لا عتق إلّا في ملك» و هو منتفٍ عن الآمر قطعاً وموجود في المعتق ،فيقع عنه لا عن الآمر .

وقد أجاب القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه آناًما ، وهو عند نيّة عتقه ليتحقّق شرط صحّة العتق ، واستدلّوا على الأمرين بصحيحة بريد بن معاوية العجلي [١] عن الباقر عليه السلام «قال: سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق ، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه ، وأنّ المعتق أصاب بعد ذلك مالاً ثمّ مات وتركه ، لمن يكون تركته ؟ قال : فقال : إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو وجبت عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه» وساق الحديث إلى أن قال : «وإن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً وكان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإنّ ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميّت من الرجال [٢] قال : وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد

(١) الكافي ج ٧ ص١٧١ ح٧ ، الوسائل ج١٦ ص٥٣ ب٤٠ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) وفيهما هنا«قال: ويكون الذى اشتراه وأعتقه بأمر أبيه كواحد من الورثة اذا لم يكن للمعتق قرابة من المسلمين أحرار يرثونه» .

موت أبيه تطوعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإنّ ولاءه وميراثه للّذي اشتراه من ماله وأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته».

ووجه الولاء له أنّ ثبوت الولاء للآمر متوقّف على انتقال الملك إليه ووقوع العتق (عتقه خ ل) عنه تبرعاً لا في حقّ واجب عليه وقد أثبته له فثبت اللزوم وهو الملك له

وتنظّر في هذا التوجيه جماعة بما حاصله: أنّه قبل الموت لا يتصور الملك له لأنّ المفروض أنّ الولد إنّما اشترى النسمة بعد موته فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء؟ وكذا بعد الموت لا يعقل ملك الميّت لما قد تجدد سببه، والولاء حكم شرعيّ إذا جعله الشارع حقّاً لمن أعتق عنه، وإن لم يكن مالكاً صحّ، وهو هنا كذلك.

ولا يلزم انتفاء ملك الميّت بعد موته لما للغير. ويمكن الجواب بأنّ الميّت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان قد أحدث سبباً له وإن له يتمّ كما لو نصب شبكة وهو حيّ ثمّ وقع فيها الصيد بعد وفاته، وهنا كذلك لأنّ أمره بالعتق جزء السبب المملك أو تمام السبب، والعتق شرط، فصحّ أن ينكشف به ملكه قبل موته والرواية الصحيحة مؤيّدة لذلك. و قد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى الآمر إلى أقوال:

أحدها: أنّ الملك يحصل عقيب الفراغ من لفظ الاعتاق على الاتّصال، وفيه أنّه يستلزم تأخّر العتق عن الاعتاق بقدر ما يتوسّطهما الملك، واعتذروا بأنّ تأخّر الاعتاق عن العتق بسبب أنّه إعتاق عن الغير، ومثله يقع في قوله: أعتقت عبدي عنك بكذا و كذا درهماً، فإنّ عتقه يتوقّف على قبول المعتق عنه ويلزم منه تأخّر العتق عن الاعتاق.

و نسب المحقّق ـ رحمه الله ـ هذا القول إلى التحكّم، لأنّ الدليل الدالّ على صحّة هذا العتق إن سلم دلالته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتخصيصه

بهذا الوقت تحكّم .

وثانيها : أنّه يحصل الملك بشروعه في لفظ الاعتاق ، ويعتق إذا تمّ اللفظ بمجموع الصيغة فالجزء الأخير علّة للعتق وهو ملك الآمر ، والكلّ سبب لزوال ملكه عنه للاعتاق ، وهو قول المفيد والعلّامة و ولده فخرالمحقّقين في شرحه على القواعد .

وفيه أنّه يستلزم صيرورته ملكاً للآمر قبل تمام الصيغة ، فلو فرض ملكه قبل إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع المعتق .

وثالثها : أنّه يحصل الملك للمستدعي بالاستدعاء ، ويعتق عليه إذا تلفّظ المالك بالاعتاق .

ويردّ عليه ما ورد عليه ما ورد على السابق وزيادة .

ورابعها : أنّه يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الاعتاق ، وفي هذا سلامة عن المحذور السابق ، لأنّ اشتراط وقوع العتق في الملك يقتضي تقديم الملك على العتق فلا يتمّ وقوعهما معاً في وقت واحد عند تمام لفظ العتق .

خامسها : أنّه يحصل بالأمر المقترن بصيغة العتق فيكون تمام الصيغة كاشفاً عن سبق الملك عليها وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء لوقطعها أو وقع خلل فيها ، دال على عدم حصول الملك بالأمر لعدم حصول ما يعتبر في صحّته وهو اقترانه بالأمر بالعتق .

وفيه أنّ الاقتران المذكور يكون شرطاً في سبق الملك ولا يتحقّق الاقتران إلّا بتمام صيغة العتق فيلزم تأخّر الملك عن الاعتاق و إلّا لتأخّر الشرط عن المشروط .

ولأجل كثرة هذه المؤاخذات والنقوض وورود هذه الاشكالات على هذه المقالات قال المحقّق ـ رحمه‌الله ـ ونعم ماقال: إنّ الوجه في ذلك كلّه هو الاقتصار على الثمرة وهو صحّة العتق من الآمر وبراءة ذمّته من الكفّار والحقّ الواجب،

ولايجب علينا البحث والتفتيش عن وقت الانتقال إليه فإنّ ذلك ظنون وتخمين لايرجع إلى دليل صالح متين. ولو كان المعتق في هذا الحال أب الآمر صحّ عتقه ولو في الكفّارة على إشكال . ووجهه احتمال عدم الاجزاء لأنّه إمّا أن يكون ملكه قبل انعتاقه أو لا ، وأيّاً ما كان فالظاهر عدم الاجزاء .

(أمّا) الأول فلأنّ ملكه يستلزم عتقه عليه قهراً بالسبب لااختياراً ،فلايصح عتقه عن الكفّارة لاشتراطه بالاختيار .

(وأمّا) عن الثاني فلا يصحّ العتق أصلاً فضلاً عن عتقه في الكفّارة ، لماثبت أنّه لاعتق إلّا في ملك ، ولأنّ شرط العتق النيّة لأنّه عبادة ولايمكن تحقّقها إلّا بعد تحقّق الملك إذ قبل الملك لايصحّ نيّة العتق ويكون قبل تحقّق العتق فتكون بينهما ، وهذا محال لأنّه لافاصل بينهما متحقّق فيه النيّة .

ويحتمل الاجزاء لأنّ الموجب للعتق هنا الصيغة التي وضعها الشارع للمعتق الصادر اختياراً منه بالنيّة لاغيرها ، لأنّ ذلك الغير إمّا الملك أو النسب أو هما أو حكم الشارع بشرط وجود الملك والنسب ، والظاهر انتفاء الأولين ، إذالملك علّة معدة لوجود خاصّتها فيه ، وكذا النسب لاجتماعه مع الملك ابتداءً ، وعلّة العدم لاتجامع الوجود ابتداءً ، وليس هذا محلّ تحقيقه .

ولو سلّمنا فإنّه إنّما يقتضي مع عدم المانع ، والمانع هنا من تأثير ذلك السبب موجود وهو الصيغة ، فإنّ اقتضاءها الملك مشروط بكونها صالحة لكونها موجب العتق لأنّها إن لم توجب هي ولاجزؤها الملك لم توجب العتق ، وكونها صالحة للتأثير في إيجاب العتق يمنع من إيجاب الملك أو النسب أو حكم الشرع للعتق لابسببها فينعتق بها لابغيرها، وهذا الملك لايصلح للاعتاق بالنسب ولالكونه شرطاً له، وكذا النسب هنا لأنّه إعتاق بالنيابة ولاشيء من العتق النسبي كذلك، فكلّ عتق بالصيغةالموضوعة للعتق شرعاً تجزي عنالكفّارة، فالأولى إذاً الاجزاء.

فلا يرد هنا ما قرروه من الاشكال على هذه المسألة وهو لزوم الدورالفقهي

وتقريره على ماذكره شارح القواعد أنّ ثبـوت ملكه المترتّب عليه العتق عنه يؤدي إلى عدمه وكلّما يستلزم ثبوته عدمه محال. أمّاالاولى فلأنّ ملكه يستلزم عدم انعتاقه لأنّ عتقه إمّا بوكالة عنه أو لا، فالأول محال لأنّه قد يكون وكّله في عتق عبد غيره فلا يصح لأنّ الوكالة معلّقة حينئذٍ ، والثاني محال لأنّ العتق لايقف على الاجارة إذ لايقع فضوليّاً بل يبطل إذا وقع على ملك الغير، وقدتقدمت أدلّته المعتبرة الصحيحة ، وبطلان عتقه يستلزم عدم ملكه قطعاً ، لأنّا نجيب عن ذلك بأنّ عتقه بإذنه والاذن هنا يصح لأنّ الملك مستلزم للعتق، والاذن هنا يصحّ إيقافه على شرط إلّا أنّه ليس بوكالة .

الثانية عشرة: لو نذر عتق العبد المقيّد انحلّ قيده وعتقه إن نقص وزن القيد عن عشرة دراهم مثلاً فشهد عدلان عند الحاكم بالنقص فحكم بعتقه وأمر بحلّ قيده فظهر كذبهما عتق بحلّ القيد وظهر أنّه لم يعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به .

وتقرير هذه المسألة على جهةالتفصيل وإن كانت مسلوبةالدليل من النصوص، بالخصوص أنّه إذا علّق نذرالعتق بكلّ واحد من شيئين وجعل كلّ واحد منهما سبباً تامّاً، فأيّهما حصل حصل وجودالعتق به كمافيالمثال الذيذكرناه، وتوجيهه مبنيّ على مسائل :

الاولى : أنّ إلزام الحاكم بالعتق بالقهر إن كان مطابقاً لنفس الأمر فهو ليس لاكراه، والعتق الصادر من المالك بالقهر المذكور صحيح لأنّه قهر شرعي، وإنّما يبطل التصرف بالاكراه إذا كان الاكراه غير شرعي ، فأن كان شرعيّاً في الظاهر وغير شرعيّ في نفس الأمر لم يكن العتق صحيحاً في نفس الأمر وإن حكم به الحاكم ، فإذا ظهر كون القهر غير شرعيّ في نفس الأمر ظهر بطلان العتق .

والثانية: أنّه إذا نذر عتقه إن كان قيده ناقصاً عن عشرة دراهم وعتقه انحلّ بصيغة البناء للمجهول ترتّب على حلّه من أيّ شخص كان

الثالثة : أنّ الحاكم لا يأمر بحلّ القيد بمجرد الحكم بوجود العتق ، بل أوقع صيغة العتق الشرعيّة إمّا هو أو وكيله أو الحاكم إن امتنع أو غاب أو مات من غير وارث بالغ. فقولهم في المسألة «حكم بعتقه» أي بعد أن الزم بالعتق، فلمّا عتق بأحد المذكورين حكم الحاكم بعتقه ثمّ أمر بحلّ قيده .

ثمّ إنّه على تقدير كذبهما وعتقه بحلّ القيد هل يضمنان بقيمة العبد أم لا؟ إشكال ينشأ من أنّ الحكم ـ وهو العتق له ـ لم يحصل بشهادتهما بل بحلّ قيده و لم يشهدا به ، و لأنّه لو باشرا الحلّ لم يضمنا ، فعدم الضمان بشهادتهما أولى، ومن أنّ شهادتهما الكاذبة سبب إتلافه، و كلّما أتلفا شيئاً بسبب الشهادة الكاذبة ضمنا، كما عليه النصّ والاجماع كما في غير هذه المسألة، ولأنّه قد ثبت في أسباب الضمان للمتلف أنّ سبب السبب موجب للضمان ، فإنّ واضع الحجر في الطريق ـ إذا عثر به غيره فوقع في بئر حفر ظلماً ـ ضامن دون الحافر، وأيضاً أنّه السبب الأولي .

وأمّا قولهم في الوجه الأول «أنّه لو باشرا حلّه لم يضمنا» فهنا أولى. إنّما لم يضمنا قيمة العبد لأنّهما سبب لوجوب العتق عليه بجعله سبباً والأصل له حصول الثواب على الله تعالى لأنّه فعل ما كلّف به .

لا يقال : كيف يجامع عدم الضمان بالشهادة ؟ لأنّا نقول : إنّ شهادة الزور يعاقب عليها ولا يعاقب على الحلّ لتشديد الشارع فيها، لكن في عدم ضمانها بالحلّ منع سنصرح به ، فالأصحّ أنّه لاضمان عليهما .

ولو حلّه أجنبيّ لم يضمن ، عالماً كان بالنذر أو جاهلاً به ، نهاه المالك أو لا، على إشكال. ووجه هذه الفروع أنّه إذا حلّه أجنبيّ وترتّب عليه العتق المذكور فإمّا أن يكون عالماً بالنذر أو لا، وعلى كلّ تقدير فإمّا أن يكون حلّه بأمر المالك أو مع نهي المالك أو لا مع أمره ولا نهيه ، فالأقسام ستّة :

الأول : أن يكون عالماً وأمره المالك .

والثاني: أن يكون جاهلاً وأمره المالك، ولاإشكال في أنّه لايضمن في هاتين الصورتين قطعاً .

والثالث : أن يكون عالماً ونهاه المالك ، فيحتمل هنا الضمان لأنّ المتلف من أوجد السبب الموجب للتلف لا من جعله سبباً، ولايوصف بالقبح هنا بل إنّما يوصف مع وجود التلف به، فإنّ من ألقى الغير إلى النار لاتوصف بسببيّته النار بالقبح هنا بل إنّما يوصف الالقاء به و هو فعل الملقي ، ولأنّه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وحصل التلف بسببه فيضمن، ويحتمل عدمه لأنّ سبب العتق النذر، والحلّ ليس عقلاً ولاشرعاً بنفسه ، وأنّ المالك يحصل له بعتقه الثواب الدائم ، ولو ضمنه الغير لحصل للمالك العوض وزال ما بإزاء المال ، وليس كذلك .

الرابع: أن يكون جاهلاً ونهاه المالك، والاشكال كما تقدم، وجاهل الحكم لايعذر في حقوق الآدميّين .

الخامس : أن يكون عالماً ولاتوجّه أمر المالك ولا نهيه ، والاشكال كما تقدم ، و الضمان في الأولين أقوى .

السادس : أن يكون جاهلاً ولا يأمر به ولاينهاه ، ووجه الاشكال ماتقدم.

الثالثة عشرة: لو أعتق ثلاث إماء في مرض الموت وليس له مال سواهنّ اخرجت واحدة بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدد لها بعدالاعتاق، فهو حرّ بالنصّ والاجماع إن كان متولّداً من حر ، وإن كان سابقاً علىالاعتاق فهو موضع خلاف، فالمشهور أنّه لايتحرر بتحرر امّه، وهو حمل كما سيجيء .

والشيخ في كتابي الأخبار والنهاية على تحرره بتحرر امّه إذاكان حملاً كما في خبر السكوني وخبر الجعفريّات ، وسيأتي ذكرهما في الفروع الآتية .

وقد سبقه إلى ذلك الاسكافي لذينك الخبرين ولأنّه بمنزلة الجزء منها ، وإنّما اخرجت بالقرعة لأنّ كلّ واحدة منهنّ ثلث التركة، فلو كنّ مختلفات في القيمة اخرج الثلث خاصّة ولو كان جزءً من واحدة ، فما زادوا على تقدير

دخوله لابدّ من تقويمه أيضاً ليحتسب على الورثة .

ثمّ إن ولد قبل موت المعتق قوّم منفصلاً حال الوفاة ـ على ما تقرر في الوصيّة ـ وإن بقي حملاً إلى أن مات قوّم حملاً وإن انفصل بعد ذلك، لأنّ الزيادة بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتّفقت، وهذه المسألة ليس في النصوص مايدلّ عليها بالنصوص لكنّه متفرع على كون المنجّزات في مرض الموت من الثلث .

وأمّا على تقدير أنّها من الأصل يسقط هذا البحث من أصله، وقد تقدم في الوصايا الكلام على هذه المسألة، ومنه شيخنا هناك على أنّ المختار أنّه من الأصل لدلالة أكثر الأخبار على أنّ الانسان مسلّط على ماله ما دامت الروح فيه .

الرابعة عشرة : إذا أعتق ثلاثة عبيد في مرض الموت وقلنا إنّ المنجّزات من الثلث ولم يملك غيرهم ثمّ مات أحدهم اقرع بين الميّت والأحياء، فإن أخرجت القرعة الميّت حكم بحريّته واسترقّ الحيّان، وإن خرجت بأحد الحيّين حكم على الميّت أنّه مات رقّاً لكنّه أنّه لايحتسب من التركة ويقرع بين الحيّين قرعة اخرى أو يحرر منهما مايحتمله الثلث من التركة الباقية وهي الاثنان لأنّه ليس له سواهما ، ولو عجز أحدهما عن الثلث اُكمل من الآخر .

وتقرير هذه المسألة على التفصيل بأنّه إذا أعتق ثلاثة أعبد في مرض الموت ـ وهو لايملك غيرهم بعد موت السيّد أو قبله ـ قبل قبض الوارث اقرع بين الميّت والحيّين ولاينزّل الميّت ابتداءً كالمعدوم وأبقى للموارث مثلا ما فات ، لأنّ الميّت إنّما مات بعد عتقه في نفس الأمر حيث يخرج القرعة بعتقه ، وهو قبل القرعة صالح للحريّة والرقّيّة، فإذا اقرع بينهم ظهر حاله، فإن خرج عليه سهم الحريّة بان أنّه مات حراً موروّثاً عنه ، واسترقّ الآخران على تقدير تساويهم قيمة ، فورثته يجهّزوه إن كان له مال من أصل ماله، وإلّا فعلى الوارث إن أوجب موته التجهيز على الوارث ، وربما قيل إنّه من بيت المال ولم يثبت .

وإن خرج له سهم الرقّ لم يحسب على الورثة لأنّهم يبغون المال ومنفعته،

ويحتسب به على المعتق يبتغي به الثواب وتعاد القرعة بين الحيّين وينزّلان منزلة ما لو لم يكن سواهما مال وقد أعتقهما . فمن خرج له سهم العتق أعتق ثلثاه واسترقّ ثلثه والعبد الآخر، وإن خرج سهم العتق على أحد الحيّين ابتداءً اعتق ثلثاه وبقي ثلثه والآخر رقّاً كما في المسألة الاولى بعد الاقراع الثاني ويبقى موت الآخر رقّاً .

ولو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه وجهان ، أقواهما نعم ، حتّى لو خرجت القرعة لأحد الحيّين عتق كلّه ، وذلك لأنّ الميّت دخل في أيديهم وضمانهم .

ووجه العدم أنّهم لا يتسلّطون على التصرف وإن ثبت أيديهم الحسبة، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم وقبضهم .

وظاهر عبارة المحقّق ـ رحمه الله ـ في الشرايع القول الثاني لاطلاق كلامه بعدم الاحتساب على الورثة ، ولو كانت الضرورة بحالها ومات اثنان اقرع بينهم أيضاً ، فإن أخرج السهم الحريّة على أحد الميّتين أعتق نصفه خاصّة وجعل للورثة مثليه وهو العبد الحي . وإن خرج سهم الرقّ عليه أقرع بين الميّت الآخر وبين الحي، فإن خرج سهم الحريّة على الميّت الآخر أعتقنا نصفه وحوّلنا الحيّ للورثة وهو مثلا ما أعتق، وإن خرج سهم الرقّ عليه لم يحتسب على الورثة وأعتق ثلث العبد الحي .

ولو كان موت الميّت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتيل في القرعة مطلقاً لأنّ قيمته تقوم مقامه على تقدير رقّيّته، فلا يفوت الوارث المال، ثمّ إن خرج سهم العتق لأحد الحيّين عتق أجمع وبقي للورثة الآخر وقيمة القتيل، وإن خرج على القتيل ظهر كونه قتل حراً وعلى قاتله الدية لورثته. هذا كلّه مع تساويهم في القيمة كما فرضناه في أصل المسألة .

أمّا لو اختلفت القيمة فالواجب عتق ثلث الجميع بالقيمة، فإن خرجت لواحد القرعة وكانت قيمته بقدر الثلث فذاك، وإن نقص اكمل من الآخر، ولو زاد كان فاضله رقّاً

فوائد

الاولى : من أقرّ بعتق مماليكه للتقيّة أو دفع الضرر لم يلزم بهذا الاقرار ولم يقع العتق عليهم .

لخبر الوليد بن هشام (١) وغيره «قال: قدمت من مصر ومعي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلّهم، فقدمت المدينة ودخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر، فقال لي : ليس عليك شيء» .

ورواه الصدوق بإسناده عن الحسين بن سعيد (٢) نحوه .

الثانية : لو أقرّ أحد الورثة وشهد بعتق المملوك جازت شهادته في حصّته لا في حصّة الباقين ، ولا تقع السراية في باقيه مع ضمان المقرّ لقيمته للورثة ، وذلك إذا كان المقرّ مرضيّاً لعدالته، بل يستسعى العبد في باقي قيمته .

لصحيحة محمّد بن مسلم (٣) كما في التهذيب والفقيه، ولخبره (٤) كما في التهذيب عن أحدهما عليهما السلام «قال: سألته عن رجل ترك مملوكاً بين نفر فشهد أحدهم أنّ الميّت أعتقه ، قال : إن كان الشاهد مرضيّاً لم يضمن ، وجازت شهادته في نصيبه، ويستسعى العبد فيما كان للورثة» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٧ ح٤٨ ، الوسائل ج١٦ ص٧١ ب٦٠ ح١ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٨٤ ح٨ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٧٠ ح٢٤ ، التهذيب ج٨ ص٢٣٤ ح٧٧ ، الوسائل ج٦ ص٦٦ ب٥٢ ح١ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٦ ح١٢١ .

وصحيحة منصور بن حازم [١] «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل هلك وترك غلاماً، فشهد بعض ورثته أنّه حر، قال: إن كان الشاهد مرضيّاً جازت شهادته، وليستسعى فيما كان لغيره من الورثة».

وخبر منصور [٢] أيضاً كما في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل مات وترك عبداً، فشهد بعض ولده أنّ أباه أعتقه، قال : تجوز عليه شهادته ولا يغرم، ويستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة».

وكذلك خبره [٣] المروي في الكافي ومرسلته [٤] المرويّة في الكافي أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل مات وترك مملوكاً، فشهد بعض ورثته أنّه حر ، فقال : إن كان الشاهد مرضيّاً جازت شهادته في نصيبه ، واستسعى فيما كان لغيره من الورثة» .

وسيأتي تتمّة المسألة في الاقرار .

الثالثة : إنّ من أعتق عبداً وعلى العبد دين لم يلزم السيّد إلّا أن يكون قد استدانه لمولاه أو أذن له بالتجارة واستدان فيها بإذنه .

كما تضمّنته روايتا ظريف بيّاع الأكفان كما في التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام لقوله في الاولى [٥] «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال للناس وقد أعطيت به مالاً كثيراً ، فقال أبو عبدالله

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٤٦ ح١٢٢ ، الوسائل ج١٦ ص ٦٦ ب٥٢ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج٤ ص١٧٠ ح١ ، الوسائل ج١٣ ص٤٠١ ب٢٦ ح١ .

(٣) الكافي ج٧ ص٤٢ ح١ .

(٤) الكافي ج٧ ص ٤٣ ح٢ ، الوسائل ج١٣ ص ٤٠٢ ب٢٦ ح٣ وفيهما «وترك غلاماً مملوكاً».

(٥) التهذيب ج٦ ص ١٩٦ ح٥٦ ، الوسائل ج١٣ ص ١١٨ ب٣١ ح٢ وفيهما «مال الناس» .

عليه السلام: إن بعته لزمك ماعليه وإن أعتقته فالمال على الغلام وهو مولاك».

والثانية [١] «قال عليه السلام: إن بعته لزمك وإن أعتقته لم يلزمك الدين، فأعتقه ولم يلزمه شيء».

ورواه الكليني [٢] مرسلاً عنه عليه السلام.

وفي خبر أشعث [٣] عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يموت وعليه دين وقد أذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين. قال: يبدأ بدين السيّد».

وخبر شريح [٤] «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بيع وعليه دين قال: دينه على من أذن له في التجارة وأكل ثمنه».

وهذان الخبران مقيّدان لذينك الخبرين وهما أعمّ من أن يعتق العبد وأن لا يعتق. وقد تقدم الكلام من المصنّف في كتاب الديون.

الرابعة: لو أبق العبد ولم يعلم بموته ولا بحياته فالأصل حياته فيجوز عتقه ولو في الكفّارات الواجبة على الأصح. وللأصحاب في هذه المسألة خلاف ذكره في كتاب الكفّارات وأعرضوا عنه في كتاب العتق، وربما ذكره بعضهم في العتق أيضاً، والمشهور بين أصحابنا ما ذكرناه، ومنع بعضهم تبعاً لبعض الشافعيّة، واستوجبه في المختلف فيه إلى الظنّ فيصحّ عتقه مع ظنّ حياته ويبطل مع ظنّ وفاته واشتباه الحال، والأصحّ ما قلناه.

ويدلّ عليه من الأخبار صحيحة أبي هاشم الجعفري [٥] كما في الكافي

(١) التهذيب ج٦ ص١٩٩ ح٦٨، الوسائل ج١٣ ص١١٨ ب٣١ ح٣.

(٢) الكافي ج٥ ص٣٠٣ ح١.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٤٨ ح١٢٩، الوسائل ج١٦ ص٦٧ ب٥٥ ح١.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٨ ح١٣٠، الوسائل ج١٦ ص٦٨ ب٥٥ ح٢.

(٥) الكافي ج٦ ص ١٩٩ ح٣، الفقيه ج٣ ص ٨٦ ح١٣ وفيه «عن رجل له مملوك قد أبق منه يجوز ...» وتنتهي الرواية فيه الى «منه موتاً»، التهذيب ج٨ ص٢٤٧ ح١٢٣ وما في المصادر الثلاثة «كفارة الظهار» فقط، الوسائل ج١٦ ص٦٢ ب٤٨ ح١ وما في المصادر «يعرف» بدل «تعرف».

والفقيه والتهذيب «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أبق منه مملوكه، أيجوز أن يعتقه في كفّارة اليمين والظهار؟ قال: لابأس به مالم تعرف منه موتاً. قال أبو هاشم: وكان سألني نصر بن عامر القمّي أن أسأله عن ذلك» إلّا أنّه في الفقيه أسقط لفظ اليمين.

وخبر أحمد بن هلال [1] كما في الفقيه «قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: كان عليّ عتق رقبة فهرب لي مملوك ولست أعلم أين هو يجزي عتقه؟ فكتب عليه السلام: نعم».

الخامسة: أنّ من أعتق أمة حبلى ولم ينصّ على ولدها بالعتق لم يكن الولد معتقاً ولا يصحّ عتقه حملاً بالانفراد إلّا بضمّه لامّه وتكون امّه مدبّرة عند علوقها بالحمل فيقع الحمل مدبّراً، وكذلك المكاتبة، وسيجيء بيان ذلك كلّه مفصّلاً.

وخالف الشيخ والاسكافي قبله فحكما بعتق الحمل بمجرد عتق امّه وإن استثنى الحمل من العتق فبلغ الشرط عندهما لما رواه الشيخ والصدوق بأسناديهما عن السكوني [2] عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرة وما في بطنها حرّ لأنّ ما في بطنها منها».

وقد مضى في كتاب البيع نوع تحقيق لهذه المسألة حيث إنّ الشيخ وابن الجنيد حكما بتبعيّة الحمل للأمة في البيع عند إطلاق بيع الام، كما حكما بذلك في العتق، مستدلّين بذلك بأنّ الحمل منزلة العضو منها، وبخبر السكوني المذكور بتنصيصه على تبعيّة الأمة في العتق وإن استثنى. والأولى حمل هذا الخبر على التقيّة لمغايرة الحمل لها، لأنّه كثير ما يتحرر دونها كما لو كان والدحر

---

(١) الفقيه ج٣ ص٨٥ ح١٢، الوسائل ج١٦ ص٦٣ ب٤٨ ح٢ وفيهما «لست ـ يجزيني».

(٢) الفقيه ج٣ ص٨٥ ح٨، التهذيب ج٨ ص١٣٦ ح٨٤ وفيهما «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام في رجل»، الوسائل ج١٦ ص٧٩ ب٦٩ ح١ و فيه «عن جعفر عن آبائه».

ولأنّه تلزمه أحكام لاتلزمها كإسلامه وعتقه دونها ، ولأنّ الجناية عليه غير الجناية عليها ، وأمثال ذلك من اللوازم المذكورة في مظانّها، وستجيء البيّنة زيادة على ماهنا في التدبير والمكاتبة .

السادسة: في مسنونات العتق و مكروهاته عند مباشرته .

(فمنها) استحباب عتق من أغنى نفسه دون من لم يكن كذلك كالولدان الصغار والشيخ الكبير وإن جاز عتق الجميع .

ففي صحيحة هشام بن سالم [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سألته عمّن أعتق من النسم ؟ فقال : أعتق من أغنى نفسه» .

وصحيحة علي بن جعفر [2] عن أخية موسى عليه السلام «قال : سألته عن رجل عليه عتق رقبة وأراد أن يعتق نسمة ، أيّهما أفضل أن يعتق شيخاً كبيراً أو شابّاً أجرد ؟ قال : أعتق من أغنى نفسه ، والشيخ الكبير الضعيف أفضل من الشاب أجرد»

وخبره [3] كما في قرب الأسناد وصحيحه كما في كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام ، وذكر مثله إلّا أنّه قال فيهما «شابّاً جلداً» وقال في آخره «من الشاب الجرد» .

وفي صحيحة محمّد بن مسلم [4] عن أحدهما عليهما السلام «قال : سألته عن الصبي يعتقه رجل ؟ قال : نعم ، قد أعتق عليه السلام ولدان كثيرة» .

(ومنها) أنّه إذا أعتق من لاحيلة له و كسب استحبّ نفقته عليه استحباباً مؤكّداً .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨١ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص٢٢ ب١٥ ح ٣ و فيهما «أعتق النسمة» .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٦ ح١٠، الوسائل ج١٦ص٢١ ب١٥ ح٢ وفيهما «الشاب الاجرد» .

(٣) قرب الاسناد ص١١٩ وفيه «الشاب الجلد»، الوسائل ج١٦ص٢٢ ب١٥ ذيل ح٢ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٨١ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص٢١ ب١٥ ح١ وفيهما «يعتقه الرجل ــ أعتق علي عليه السلام ولداناً» .

ففي صحيحة ابن محبوب [١] كما في الكافي «قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام وسألته عن رجل يعتق غلاماً صغيراً أو شيخاً كبيراً أو من به زمانة ولا حيلة له، فقال: من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإنّ عليه أن يعوله حتّى يستغني عنه، وكذلك كان أمير المؤمنين عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له».

(ومنها) استحباب عتق العبد على عتق الأمة لما تقدم في خبر إبراهيم بن أبي البلاد [٢] والمروي في الكافي مسنداً وفي الفقيه مرسلاً وفي ثواب الأعمال مسنداً وكذا في التهذيب «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضو منه عضواً من النار، وإن كانت انثى أعتق الله بكلّ عضوين منها عضواً منه من النار، لأنّ المرأة نصف الرجل».

(ومنها) استحباب عتق الأرحام الذين لا يعتقون بالقرابة خصوصاً الورّاث وكراهة تملّكهم.

ففي موثّقة سماعة [٣] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يملك ذا رحم، أيحلّ له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه، فإن مات ورثه دون ولده، وليس له أن يبيعه ولا يستعبده».

وموثّقة علي بن جعفر [٤] عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام كما في التهذيب وخبره [٥] كما في كتاب قرب الأسناد وصحيحه كما في كتاب المسائل له عن

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨١ ح١، الوسائل ج١٦ ص٢٠ ب١٤ ح١ وفيهما «عن الرجل».

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٠ ح٣، الفقيه ج٣ ص٦٦ ح١، التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح٣، ثواب الاعمال ص١٦٦ طبع طهران، الوسائل ج١٦ ص٦ ب٣ ح١.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٣٢ ح١٠٨، وفيه «هل يحل له»، الوسائل ج١٦ ص١٨ ب١٣ ح١.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٢ ح١٠٩، الوسائل ج١٦ ص١٩ ب١٣ ح٢ وفيهما «أو عمه أو ابن عمه».

(٥) قرب الاسناد ص١٠٩ وفيه «رجل تزوج جارية اخته أو عمته أو عمه أو ابن اخته فولدت ما حاله؟ قال: اذا كان الولد ممن يملكه عتق»، الوسائل ج١٦ ص١٩ ب١٣ ح٢.

أخيه موسى عليه السلام « قال : سألته عن رجل زوّج جاريته أخاه او ابن عمّه أو ابن أخيه فولدت ، ماحال الولد ؟ قال : إذا كان الولد يرث من ملكه شيئاً عتق» .

والظاهر أنّ هذا مبنيّ على كون الولد رقّاً إمّا لكون أبويه رقّين أو بناءً على اشتراط رقّيّته أو على تبعيّته لامّه في الرقّيّة وإن كان الأب حراً .

وموثّقة محمّد بن مسلم[1] عن أحدهما عليهما السلام «قال: يملك الرجل أخاه و غيره من ذوي قرابته من الرجال» .

وموثّقة سماعة[2] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل يملك ذا رحمه ، هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده ؟ قال : لايصلح له أن يبيعه و لا يتّخذه عبداً و هو مولاه وأخوه في الدين، وأيّهما مات ورثه صاحبه إلّا أن يكون له وارث أقرب إليه منه».

(و منها) استحباب اختيار عتق المملوك في الرخاء على بيعه و الصدقة بثمنه ، و اختيار البيع و الصدقة على العتق في الغلاء ، و كراهة عتق الفاسق وشارب الخمر .

لصحيحة بكر بن محمّد الأزدي[3] كما في الكافي والفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سأله رجل وأنا حاضر فقال : يكون لي الغلام فيشرب الخمر ويدخل في هذه الامور المكروهة واريد عتقه ، فهل أعتقه أحبّ إليك أم بيعه وأتصدق بثمنه؟ فقال : إنّ العتق في بعض الزمان أفضل والصدقة في بعض الزمان أفضل ، فإن كان الناس حسنة حالهم فالعتق أفضل ، فإذا كانوا شديدة حالهم فالصدقة أفضل ، وبيع هذا أحبّ إليّ إذا كان بهذا الحال» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٥ ، الوسائل ج١٦ص١٩ ب١٣ح٣ .

(٢) الفقيه ج٣ص٨٠ ح٧، الوسائل ج١٦ ص١٩ ب١٣ ح٥وفيهما«لامصلح له بيعه».

(٣) الكافي ج٦ ص١٩٤ ح٤ وفيه «فهل عتقه»، الفقيه ج٣ ص٧٩ ضمن ح٦ وفيه «فأعتقه» ، الوسائل ج١٦ ص٣٧ ب٢٧ح١ وما في المصادر «وفي بعض الزمان الصدقة أفضل» مع اختلاف يسير .

(ومنها) استحباب عتق المملوك الصالح وكراهة استخدامه.

ففي الفقيه [١] مرسلاً وفي عيون أخبار الرضا عليه السلام [٢] مسنداً وكذلك في صحيفة الرضا [٣] عن الرضا عليه السلام والاولى عن أبي جعفر عليه السلام حيث قال: «دخل أبو جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمة خبز في العذرة فأخذها وغسلها ودفعها إلى مملوك معه قال: تكون معك لآكلها إذا خرجت، فلمّا خرج عليه السلام قال للمملوك: أين اللقمة؟ فقال: أكلتها يابن رسول الله، فقال: إنّها ما استوت في جوف أحد إلّا وجبت له الجنّة، فاذهب أنت حر، فإنّي أكره أن أستخدم رجلاً من أهل الجنّة». وفي العيون وصحيفة الرضا عليه السلام أسند الرضا القضيّة إلى الحسين عليه السلام وقد تقدمت في أحكام الخلاء.

وخبر بشر النبّال [٤] كما في ثواب الأعمال «قال: سمعت محمّداً أباجعفر عليه السلام يقول: من أعتق نسمة صالحة كفّر الله بكلّ عضو منها عضواً منه من النار».

(ومنها) تأكّد استحباب عتق المملوك المؤمن بعد سبع سنين وكراهة استخدامه بعدها وبعد العشرين السنة آكد.

ففي مرسلة محمّد بن عبدالله بن زرارة [٥] عن بعض آل أعين عن أبي عبدالله عليه السلام «فقال: من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا يحلّ خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين».

ومرسلة الحسين بن علوان [٦] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: صحبة عشرين قرابة».

---

(١) الفقيه ج١ ص١٨ ح١٤، الوسائل ج١٦ ص٣٨ ب٢٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) عيون أخبار الرضا ج٢ ص٤٣ ب٣١ ح١٥٤ طبع طهران.

(٣) مستدرك الوسائل ج٣ ص٤١ ب٢٤ ح٢.

(٤) ثواب الاعمال ص١٦٦، الوسائل ج١٦ ص٣٨ ب٢٨ ح٢ وفيهما «بشير النبال ــ جعفر بن محمد» مع اختلاف يسير.

(٥) الكافي ج٦ ص١٩٦ ح١٢، الوسائل ج١٦ ص٤٣ ب٣٣ ح١.

(٦) الكافي ج٦ ص١٩٩ ح٥، الوسائل ج١٦ ص٤٣ ب٣٣ ح٢ وفيهما «صحبة عشرين سنه قرابة».

رواه في كتاب الاقبال عن الحسين بن علوان مثله .

وموثّقة زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إذا أتى المملوك ثمنه بعد سبع سنين فعليه أن يقبله» .

(ومنها) استحباب عتق المملوك إذا ضربه المولى ولو كان في حق ، وقيّده الأصحاب بما إذا ضربه فوق الحدّ أو ضربه ظلماً ، والأخبار لا تساعد على ذلك كما ستسمعها .

ففي رواية أبي بصير (٢) كما في كتاب الحسين بن سعيد وهو كتاب الزهد عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إنّ أبي ضرب غلاماً له واحدة بسوط وكان بعثه في حاجة فأبطأ عليه فبكى الغلام ، فقال : الله تبعثني في حاجتك ثمّ تضربني ! قال: فبكى أبي وقال: يابنيّ اذهب إلى قبر رسول الله فصلّ ركعتين وقل: اللّهمّ اغفر لعليّ ابن الحسين خطيئته ، ثمّ قال للغلام : اذهب فأنت حر ، فقلت : كان العتق كفّارة للذنب ؟ فسكت» .

وخبر عبدالله بن طلحة (٣) كما في ذلك الكتاب أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّ رجلاً من بني فهد كان يضرب عبداً له والعبد يقول : أعوذ بالله ، فلم يقلع عنه ، فقال : أعوذ بمحمّد صلى الله عليه وآله ، فأقلع عنه الرجل الضرب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : يتعوذ بالله فلا تعيذه ويتعوذ بمحمّد فتعيذه! والله أحقّ أن يجار عائذه من محمّد ، فقال الرجل : هو حرّ لوجه الله ، فقال : و الذي بعثني بالحقّ نبيّاً لو لم تفعل لواقع وجهك حرّ النار» .

والذي ذكره الأصحاب في هذا المقام أنّ من ضرب مملوكه فوق الحدّ استحب له التكفير بعتقه ، وظاهر القدماء كالشيخ وأتباعه أنّ ذلك على سبيل الوجوب.

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٩ ح١٣٧ وفيه «قيمة ثمنه»، الوسائل ج١٦ ص٤٤ ب٣٣ ح٤.
(٢) الزهد ص٤٣ ب٧ ح١١٦ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٢ ب٣٠ ح١ .
(٣) الزهد ص٤٤ ب٧ ح١١٩ ، الوسائل ج١٥ ص٥٨٢ ب٣٠ ح٢ .

وجعلوا المستند في ذلك صحيحة أبي بصير [١] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: من ضرب مملوكاً حداً من الحدود من غير حدّ أوجبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفّارة إلّا عتقه».

وقد أنكر هذا الحكم رأساً ابن إدريس لعدم دليل يدلّ عليه. والمحقّق والعلّامة وأكثر المتأخّرين عدلوا إلى الاستحباب، واحتجّ له في المختلف بأنّه فعل محرم، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب، فاستحبّ العتق، ولو استند إلى الرواية كان أجود، وإن لم تكن صريحة فيما ادعوا لأنّ ظاهرها أنّه إذا ضربه حداً من الحدود من غير موجب أوجبه المملوك على نفسه، لا أنّه إذا ضربه زيادة عن الحدّ بل لأنّه ضربه حداً غير مستحقّ لضربه، والمتبادر من الحدّ هنا هو المقدار من العقوبة المستحقّة على ذلك الفاعل مع إطلاق الحدّ عليه شرعاً، فلا يدخل التعزير لأنّه مقدّر بنظر الحاكم، ويعتبر فيه حدّ العبيد لا الأحرار. وقيل: يعتبر حدّ الأحرار ولأصالة بقاء الملك سليماً عن تعلّق حقّ الملك على مالكه، وهذا إنّما يتأتّى على القول بالوجوب.

أمّا على القول بالاستحباب فلا، لأنّ المعلّق على مفهوم كلّي يتضمّن في وجوده في أيّ فرض من أفراده، وحمله على حدّ لا يتعلّق بالمحدود بعيد جداً، ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى لتناول المملوك لهما.

ومن هذا القبيل ما تقدم في رواية الاقبال والمناقب فيما كان يصنعه علي بن الحسين عليه السلام بمماليكه في شهر رمضان، حيث إنّه يعتقهم في مقابلة ما يذنبون في هذا الشهر من المعاصي بعد كتابته عليهم حتّى إذا كان آخر الشهر أوقفهم بين يديه وعرّفهم بذنوبهم ذنباً ذنباً ثمّ سألهم العفو عن تقصيراته فيهم ثمّ يعتقهم بعد عفوهم عن تقصيراته.

وقد جاء أيضاً استحباب العتق عند التماس العبد العفو عن تقصير فعله كما

(١) الكافي ج٧ ص٢٤٣ ح١٧، الوسائل ج١٨ ص٣٣٧ ب٢٧ ح١.

صنعه علي بن الحسين عليه السلام مع جاريته التي توضّيه على ما رواه ابن بابويه في الأمالي عن عبدالرزاق[١] «قال: جعلت جارية لعلي بن الحسين عليه السلام تسكب الماء عليه و هو يتوضّأ للصلاة، فسقط الابريق من يد الجارية على وجهه فشجّه فرفع علي بن الحسين رأسه إليها، فقالت الجارية: إنّ الله عزّ وجلّ يقول: والكاظمين الغيظ، فقال لها: قد كظمت غيظي، قالت: والعافين عن الناس، قال لها: عفا الله عنك، قالت: والله يحبّ المحسنين، قال: اذهبي فأنت حرة».

(ومنها) ما لو اشترى حبلى فوطأ قبل مضيّ أربعة أشهر ومضى عشرة أيّام كره له بيع الولد، سواء كان الحمل من زنا أو من غيره، وفاقاً لابن إدريس والمحقّق، وحرمه الشيخان وسلّار وبنو زهرة وحمزة والبرّاج، وادعى ابن زهرة عليه الاجماع. واستحبّ عند ماسوى الشيخ وابن حمزة أن يعزل له قسطاً من ماله، ويعتقه، وأوجب الشيخ وابن حمزة العتق وعزل القسط.

وتدلّ عليه صحيحة إسحاق بن عمّار[٢] «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً وقد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ماصنع، فقلت: ماتقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان قد عزل عنها فليتّق الله ولايعُد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورث ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به فإنّه قد غذاه بنطفته».

وموثّقة غياث بن إبراهيم[٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: من جامع أمة حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولايسترقّه لأنّه شارك فيه، ولأنّ الماء تمام الولد».

(١) الامالي للشيخ الصدوق ص١٦٨ ح١٢ طبع مؤسسة الاعلمي.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٨ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص٥٠٧ ب٩ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج٥ ص٤٨٨ ح٣، الوسائل ج١٤ ص٥٠٧ ب٩ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

وخبر السكوني[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله دخل على رجل من الأنصار واذا وليدة عظيمة البطن تختلف، فسأل عنها فقال: اشتريتها يارسول الله وبها هذا الحبل ، قال : أقربتها؟ قال: نعم، قال: أعتق مافي بطنها، قال: يارسول الله بما استحقّ العتق ؟ قال : لأنّ نطفتك غذت سمعه وبصره ولحمه ودمه » .

وموثّقة إسحاق بن عمّار[٢] على ما في الكافي عن أبي الحسن عليه السلام مثل صحيحته المتقدمة .

(ومنها) ما لو انهدمت دار على قوم فبقي منهم صبيّان أحدهما مملوك والآخر حرّ فاشتبها فيقرع بينهما، فإن خرج السهم على أحدهما بحريّته جعل المال له واعتق الآخر . استحباباً في المشهور ، خلافاً للشيخ و جماعة حيث ذهبوا إلى الوجوب .

وتدلّ على هذا الحكم صحيحة حريز [٣] عن أحدهما عليهما السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقي صبيّان أحدهما مملوك والآخر حر ، فأسهم بينهما فخرج السهم على أحدهما ، فجعل المال له وأعتق الآخر» .

ومثلها صحيحته الاخرى [٤] كما في التهذيب .

وموثّقة محمّد بن الحسين بن المختار [٥] «قال: قال أبو عبدالله عليه السلام لأبي حنيفة: يا أبا حنيفة ماتقول في بيت سقط على قوم وبقي منهم صبيّان أحدهما حرّ والآخر مملوك لصاحبه . فلم يعرف الحرّ من المملوك ؟ فقال أبو حنيفة : يعتق نصف هذا ويعتق نصف هذا ويقسم المال بينهما ، فقال أبو عبدالله عليه السلام :ليس كذلك ، ولكن

(١)و(٢) الكافي ج٥ ص٤٨٧ ح٢و١ ، الوسائل ج١٤ ص٥٠٧ ب٩ ح٣و١ .

(٣) الكافي ج٧ ص١٣٧ ح٤ ، الوسائل ج١٧ ص٥٩٢ ب٤ ح١ .

(٤) التهذيب ج٩ ص٣٦٢ ح١٢ ، الوسائل ج١٧ ص٥٩٢ ب٤ ح١ .

(٥) الكافي ج٧ ص١٣٨ ح٧ ، الوسائل ج١٧ ص٥٩٢ ب٤ ح٢ .

يقرع بينهما ، فمن أصابته القرعة فهو الحر، ويعتق هذا فيجعل مولى له » .

و مثلها مرسلة إرشاد المفيد [١] «قال : قضى علي عليه السلام في قوم وقع عليهم بيت فقتلهم وكان في جماعتهم امرأة مملوكة والاخرى حرة، وكان للحرة ولد طفل من حر ، و للجارية المملوكة طفل مملوك من مملوك ، فلم يعرف الحرّ من الطفلين ، فقرع بينهما ، و حكم بالحريّة لمن خرج سهم الحرّ عليه منهما ، و حكم بالرقيّة لمن خرج عليه سهم الرقّ منهما ، ثمّ أعتقه و جعله مولاه ، وحكم في ميراثهما بالحكم في الحرّ ومولاه ، فأمضى رسول الله صلى الله عليه وآله هذا القضاء» .

(ومنها) استحباب عتق العبد في المرض قبل أن تحضره أمارات الموت ،فإن حضرت أماراته كره عتقه .

ففي صحيحة علي بن مهزيار [٢] «قال : كتبت إليه أسأله عن المملوك يحضره الموت فيعتقه مولاه في تلك الساعة فيخرج من الدنيا حراً، هل للمولى في ذلك أجر ؟ أو يترك فيكون له أجره إذا مات و هو مملوك؟ فكتب : يترك العبد مملوكاً في حال موته فهو أجر لمولاه ، وهذا إذا أعتق في هذا الحال لم يكن نافعاً له» .

وخبر الفضل بن المبارك [٣] «أنّه كتب إلى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام في رجل له مملوك فمرض ، أيعتقه في مرضه أعظم لأجره ؟ أو يتركه مملوكاً ؟ فقال : إن كان في مرض فالعتق أفضل ، لأنّه يعتق الله عزّ وجلّ بكلّ عضو منه عضواً منه من النار ، و إن كان في حال حضور الموت فيتركه مملوكاً أفضل له من عتقه» .

---

(١) ارشاد المفيد ص٩٤ طبع طهران (دار الكتب الاسلامية) ، الوسائل ج١٧ ص٥٩٣ ب٤ ح٥ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٥ ح٨ وفيه «وهذا عتق في هذه الساعة ليس بنافع له»، الوسائل ج١٦ ص٤٢ ب٣٢ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الفقيه ج٣ ص٩٣ ح٤، الوسائل ج١٦ ص٤٢ ب٣٢ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

(ومنها) لو شهد مملوكان بحريّة ولد الميّت وثبت بشهادتهما ذلك فيستحب لمن شهدا له بذلك أن يعتقهما ويكره أن يسترقّهما.

وتدلّ عليه موثّقة داود بن فرقد (١) كما في الفقيه والكافي «قال : سئل أبوعبدالله عليه‌السلام عن رجل كان في سفر ومعه جاريتان وغلامان مملوكان، فقال لهما : أنتما أحرار لوجه الله تعالى، واشهدا إنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي، فولدت غلاماً، فلما قدموا على الورثة أنكروهم واسترقّوهم، ثمّ إنّ الغلامين اعتقا بعد فشهدا بعد ما اعتقا أنّ مولاهما الأول أشهدهما أنّ مافي بطن جاريته منه، قال : تجوز شهادتهم للغلام ولايسترقّهما الغلام الذي شهدا له لأنّهما أثبتا نسبه». و الذي يدلّ على الاستحباب لأنّهما يرجعان رقّين بحسب الظاهر.

وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه‌السلام «في رجل مات وترك جارية حبلى ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين وولدت الجارية غلاماً، فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان ينزل على الجارية وأنّ الحبل منه، قال : تجوز شهادتهما و يردّان عبدين كما كانا».

(ومنها) استحباب اشتراء العبد من مال الزكاة إذا كان تحت الشدة أو كان أباً لذي الزكاة ويعتق، وقد تقدم في الزكاة ما يدلّ عليه من الأخبار.

فمن تلك الأخبار خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبدالله عليه‌السلام «قال : سألته عن الرجل يجتمع عنده من الزكاة الخمسمائة والستّمائة يشتري منها نسمة ويعتقها، قال : إذاً يظلم قوماً آخرين حقوقهم، قال : ثمّ مكث مليّاً ثمّ قال : إلّا أن

---

(١) الكافي ج٧ ص٢٠ ح١٦، الفقيه ج٤ ص١٥٧ ح٢، الوسائل ج١٣ ص٤٦٠ ب ٧١ ح١.

(٢) التهذيب ج٦ ص٢٥٠ ح٣٧، الوسائل ج١٣ ص٤٦١ ب٧١ ح٢.

(٣) الكافي ج٣ ص٥٥٧ ح٢، الوسائل ج٦ ص٢٠٢ ب٤٣ ح١.

يكون عبداً مسلماً في ضرورة فيشتريه ويعتقه» .

وخبر أبي محمّد الوابشي [١] الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سأله بعض أصحابنا عن رجل اشترى أباه من الزكاة ـ زكاة ماله ـ ، قال : اشتر خير رقبة لا بأس بذلك» .

(ومنها) استحباب أن يكتب له كتاباً بعد عتقه مشتملاً على عتقه و كيفيّته كما في صحيحة إبراهيم بن أبي البلاد[٢] «قال: قرأت عتق أبي عبدالله عليه السلام فإذاهو: هذا ما أعتق جعفر بن محمّد ، أعتق فلاناً غلامه لوجه الله لا يريد به جزاءً ولاشكوراً على أن يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة ويحجّ البيت ويصوم شهر رمضان ويوالي أولياء الله و يتبرأ من أعداء الله ، شهد فلان وفلان و فلان ثلاثة» .

ورواه في المقنع مرسلاً ، ورواه الشيخ في التهذيب من الصحيح أيضاً عن الحسين بن سعيد عن إبراهيم بن أبي البلاد [٣] .

وصحيحة عبدالله بن سنان[٤] كما في الكافي «عن غلام أعتقه أبوعبدالله عليه السلام : هذاما أعتق جعفر بن محمّد ،أعتق غلامه السندي فلاناً على أنّه يشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لاشريك له و أنّ محمّداً عبده و رسوله و أنّ البعث حقّ وأنّ النار حقّ ، وعلى أنّه يوالي أولياء الله و يتبرأ من أعداء الله ، ويحلّ حلال الله ويحرم حرام الله ، و يؤمن برسل الله ، ويقرّ بماجاء من عندالله ، أعتقه لوجه الله لا يريد به جزاءً و لا شكوراً ، و ليس لأحد عليه سبيل إلّا بخير ، شهد فلان » .

(ومنها) كراهة عتق ولد الزنا وإن أظهر الايمان بقاءً على جواز إيمانه

---

(١) الكافي ج٣ ص٥٥٢ ح١ ، الوسائل ج٦ ص١٧٣ ب١٩ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٨١ ح١ وفيه «فاذا هو شرحه : ـ ويتولى» ، الوسائل ج١٦ ص١٠ ب٦ ح١ .

(٣) المقنع ص١٥٥ ، التهذيب ج٨ ص٢١٦ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٠ ب٦ ح١ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٨١ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص١٠ ب٦ ح٢ .

وإلّا كان حراماً .

وقد تقدم في الأخبار ما يدلّ عليه أيضاً خبر عمّار بن مروان [١] «قال:قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّ أبي حضره الموت فقيل : أوص، فقال : هذا ابني ـ يعني عمراً ـ فما صنع فهو جائز» وساق الحديث إلى أن قال : «وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة ، فلمّا أعتقناه بان لنا أنّه لغير رشده ، فقال : قد أجزت عنه» .

وزاد الكليني [٢] في روايته «إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى اضحيّة على أنّها سمينة فوجدها مهزولة فقد أجزت» .

ومثلها رواية الفقيه [٣] أيضاً .

(ومنها) استحباب عتق العبد عند الموت إذا كان ضربه في حال حياته ولو بحق .

لموثّقة إسحاق بن عمّار عن أبي بصير [٤] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: أعتق أبو جعفر عليه السلام من غلمانه عند موته شرارهم وأمسك خيارهم، فقلت: يا أبة تعتق هؤلاء وتمسك هؤلاء ؟ فقال : إنّهم قد أصابوا منّي ضرباً فيكون هذا بهذا» .

المقصد الرابع

في عتق الشقص وما يترتّب عليه من عتق السراية

وما يشتمل على أبحاث :**الاول** : [٥] كما يجوز للمولى أن يعتق المملوك

---

(١) التهذيب ج٩ ص٢٣٦ ح١٣ ، الوسائل ج١٣ ص٤٨١ ب٩٥ ح٢ وفيهما «فقيل له ـ عمر ـ قد أجزأت عنه» .

(٢) الكافي ج٧ ص٦٢ ح١٧ ، الوسائل ج١٣ ص٤٨١ ب٩٥ ح٣ و فيهما « مثل رجل ـ فقد أجزأت عنه» .

(٣) الفقيه ج٤ ص١٧٢ ح٥ .

(٤) الكافي ج٧ ص٥٥ ح١٣ ، الوسائل ج١٣ ص٤٧٢ ب٨٤ ح١ .

(٥) كذا في النسخة .

بكماله يجوز له أن يعتق جزءً منه لقبوله للتبعيض . و هذا الحكم مجمع عليه بين علماء الاسلام ، و الأخبار به مستفيضة ، إلّا أنّ علماءنا قد اختلفوا في أنّه لو أعتق البعض هل يسري إلى ما بقي قهراً أو لاتجب السراية وإنّما يعتق عنه ذلك الجزء خاصّة ؟ المشهور الأول لكنّهم قالوا: من أعتق شقصاً عبده سرى المعتق فيه كلّه إذا كان المعتق صحيحاً جائز التصرف .

وأمّا الأخبار الواردة فيه فرواية غياث بن إبراهيم [1] الموثّقة عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّ رجلاً أعتق بعض غلامه. فقال علي عليه السلام: هو حرّ كلّه ليس لله شريك».

وخبر طلحة بن زيد [2] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّ رجلاً أعتق غلامه، فقال: هو حرّ كلّه ليس لله شريك» .

ومثلها مرسلة المقنع [3] .

وخالف السيّد جمال الدين أحمد بن طاووس في كتابه «ملاذ العلماء» الامامية فاستوجه عدم السراية على معتق بعض مملوكه إلى الباقي، نظراً إلى ضعف تلك الأخبار و عدم ثبوت الاجماع المدعى مع معارضة تلك بروايات تدلّ على عدمه كرواية حمزة بن حمران [4] التي صحّ سندها إليه عن أحدهما عليهما السلام « قال: سألته عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ قذفها بالزنا، فقال: أرى أنّ عليه خمسين جلدة ويستغفر الله عزّ وجلّ ، قلت : أرأيت إن جعلته في حلّ أو عفت عنه ، قال : لا ضرب عليه إذا عفت عنه من قبل أن ترفعه ، قلت : فتغطّي رأسها عنه حين أعتق نصفها ؟ قال : نعم ، وتصلّي وهي مخمرة الرأس ، و لا تتزوج حتّى تؤدي ما عليها

(١) التهذيب: ج٨ ص٢٢٨ ح٥٧ وفيه «فقال عليه السلام» ، الوسائل ج١٦ ص٧٥ ب٦٤ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٢٨ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٦ ص٥٧ ب٦٤ ح٢ .

(٣) المقنع ص١٦٠ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٢٨ ح٥٩ ، الوسائل ج١٦ ص٧٥ ب٦٤ ح٣ .

أو يعتق المنصف الآخر » .

وصحيحة النضر بن شعيب عن الحارثي [١] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل توفّي و ترك جارية له أعتق ثلثها فتزوجها الوصي قبل أن يقسم شيئاً من الميراث أنّها تقوّم وتستسعى هي وزوجها في بقيّة ثمنها بعد ماتقوّم، فما أصاب المرأة من عتق أو رقّ جرى على ولدها » .

و رواه الصدوق في المقنع [٢] مرسلاً مثله.

وصحيحة عبدالله بن سنان [٣] «أنّه سأل أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث خادمتها عند موتها ، على أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا ؟ قال : لا ، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها ، يستخدمها بحساب الذي له منها، ويكون لها من نفسها بحساب الذي أعتق منها » .

وصحيحة علي بن جعفر [٤] كما في كتاب المسائل له وفي كتاب قرب الأسناد أيضاً لكن بأسناد غير نقي عن أخيه موسى عليه السلام «قال : سألته عن رجل أعتق نصف مملوكه وهو صحيح ، ما حاله ؟ قال : يعتق النصف و يستسعى في النصف الآخر ويقوّم قيمة عدل » .

وموثّقة الحلبي [٥] « قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أعتقت عند الموت ثلث خادمتها، على أهلها أن يكاتبوها ؟ قال : ليس ذلك لها، ولكن لها ثلثها فلتخدم بحساب ما أعتق منها » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٢٩ ح ٦٠ و فيه « عن الجازى» ، الوسائل ج١٦ ص٧٦ ب٦٤ ح٤ .

(٢) المقنع ص١٦٠ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٩ ، الوسائل ج١٦ ص٧٦ ب٦٤ ح٧ وفيهما « خادمها».

(٤) قرب الاسناد ص ١٢٠ ، بحار الانوار ج١٠ ص٢٦٣ ، الوسائل ج١٦ ص٧٧ ب٦٤ ح٨ .

(٥) التهذيب ج٨ص٢٣٠ ح٦٢، الوسائل ج١٦ص٧٦ب٦٤ ح٦وفيهما «خادمها» .

وخبر السكوني [1] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنّ رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة».

ومرسلة أبي بصير [2] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل يعتق جاريته ويقول لها عتقك مهرك ثمّ يطلّقها قبل أن يدخل بها، قال: يرجع نصفها مملوكاً ويستسعيها في النصف الآخر».

وموثّقة يونس بن يعقوب [3] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أعتق أمة وجعل عتقها صداقها ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: يستسعيها في نصف قيمتها فإذا أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، قال: وإن كان لها ولد فإن أدّى عنها نصف قيمتها عتقت».

وخبر عبّاد بن كثير [4] «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل أعتق امّ ولد له وجعل عتقها صداقها ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: يعرض عليها أن تستسعى في نصف قيمتها فإن أبت هي فنصفها حرّ ونصفها رق».

فهذه الاخبار مع صحّتها وصراحتها قد دلّت على عدم السراية كما هو مختار السيّد ابن طاووس، وقد أوردت هذه الصحاح بما سيأتي من ثبوت السراية على الشريك كما هو ثابت بالصحاح المسفيضة والفتوى، وهذا يقتضي السراية على ملكه بطريق أولى لاشتراكهما في الدلالة على سباق الشرع بتكمّل العتق، فإذا أكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه لأن يكمل والباقي له أولى. وحينئذ تبقى الروايات مؤيّدة وإن ضعف سندها لأنّ الدليل غيرها.

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢٩ ح٦١، الوسائل ج١٦ ص٧٦ ب٦٤ ح٦.

(٢) التهذيب ج٨ص٢٠٢ ح١٨، الوسائل ج١٤ ص٥١٣ ب١٥ح٣.

(٣) التهذيب ج٨ص٢٠١ ح١٧، الوسائل ج١٤ ص٥١٣ ب١٥ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٠٢ ح١٩، الوسائل ج١٤ ص ٥١٣ ب١٥ ح٤.

وقد أجابوا عن صحيحة ابن سنان بإمكان حملها على ما إذا لم يملك غيرها فيحجر عليه فيما زاد عن الثلث واحتمل الشيخ في رواية حمزة بن حمران لايملك نصفها الآخر. وكلّ هذه المحامل تكلّفات مستغنى عنها ولاطريق للحمل سوى الترجيح ، ولاشكّ في رجحان الأخيرة، فالقول به قويّ مع احتمال تلك الأخبار البقيّة أيضاً .

وأمّا الاستدلال بطريق الأولويّة فبعدالاغماض عن كونها من القياس الذي لانقول به يضعف عن معارضة هذه الصحاح ، ويمكن حمل تلك الأخبار على أنّ ذلك الكلام كناية عن حثّه على إعتاق الجميع وترغيب للمعتق في ذلك، وسيأتي في المواريث مايدلّ على عدم السراية أيضاً ، وقد تقدم في الوصايا ما يرشد إلى ذلك في عتق العبد المشترك إذا أعتق أحدالشريكين حصّته، قليلة كانت أو كثيرة، فإنّه يقوّم عليه إن كان مؤسراً ويسعى العبد في فكّ ما بقي منه إذا كان المعتق معسراً، هذا هو المشهور .

وقال الشيخ : إنّه لايسري عليه إلّا إذا قصد الاضرار بالشريك وكان مع اليسار ، وأمّا مع قصد القربة لايقوّم عليه مطلقاً ، وإن قصد الاضرار مع الاعسار فالعتق باطل ولا سراية .

وفي المسألة أقوال اخر: (أحدها) أنّ المعتق يقوّم عليه نصيب الشريك إن كان مؤسراً، ويسعى العبد في فكّ باقيه إن كان معسراً، وهذا مختارالمفيد والسيّد المرتضى وابن بابويه .

(وثانيها) استسعاء العبد مطلقاً من غير تقويم على الشريك ، ذهب إليه أبو الصلاح الحلبي .

(وثالثها) وهو للاسكافي، وهو أنّه إن أعتق وكان غير مضارّ تخيّر الشريك بين إلزامه قيمة نصيبه إن كان مؤسراً أو بين استسعاء العبد .

ولابن إدريس قول سادس وهو أنّه لوأعتق مع قصدالاضرار بطل مع اليسار

والاعسار، ولأنّ العتق شرط صحّته التقرب، والمراد باليسار أن يملك حال العتق زيادة عن داره وخادمه ودابّته وثيابه المعتادة وقوت يومه له ولعياله ممّا يسع نصيب الشريك أو بعضه على الأقوى وأمر بعد العتق فلا تقويم.

وللسراية هنا عند مثبتيها كما هو المشهور شرطان آخران: (أحدهما) كون العتق اختيار أو يكفي اختيار السبب كالشراء والأتهاب للقريب، وفي التنكيل إشكال من تحريم السبب ومن تأثيره في ملكه، فلو ورث شقصاً من قريبه لم يسر عند المجلسيّين، و قال الشيخ يسري.

(وثانيهما) أن لايتعلّق بالشقص حقّ لازم كالوقف والكتابة والاستيلاد، وترجيحاً لأشهر الحقّين، وقيل بالسراية للعموم، وسيجيء تحقيق هذه الشرائط في ذيل فروع هذا البحث على التفصيل.

احتجّ للمشهور بصحيحة الحلبي [(١)] عن أبي عبدالله عليه السلام «في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان مؤسراً كلّف أن يضمن، وإن كان معسراً خدمت بالحصص».

وصحيحة محمد بن قيس [(٢)] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته وله سعة فليشتره من صاحبه ويعتقه كلّه، وإن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق، ثمّ يسعى العبد في حساب مابقي حتّى يعتق».

وصحيحة سليمان بن خالد[(٣)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إنّ ذلك فساد على أصحابه فلايستطيعون

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢١٩ ح١٨، وفيه «اخدمت»، الوسائل ج١٦ ص٢٦ ب١٨ ح٧.

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٢١ ح٢٤، الوسائل ج١٦ ص٢٥ ب١٨ ح٣ وفيه «حصته ولم يبعه فليشتره».

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٢٠ ح٢٣، الوسائل ج١٦ ص٢٧ ب١٨ ح٩ وفيهما «يقوم قيمة».

بيعه ولا مؤاجرته، قال: يقوّم قيمته فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنّما جعل ذلك لما أفسده».

ومرسلة حريز[١] عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن رجل أعتق غلاماً بينه وبين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فإن كان له مال أعطى نصف المال، وإن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام ويوم للمولى يستخدمه، وكذلك إن كانوا شركاء».

وحسنة الحلبي[٢] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إنّ ذلك فساد على أصحابه لا يقدرون على بيعه ولا مؤاجرته، قال: يقوّم قيمته فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنّما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده».

وخبر سماعة[٣] «قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه يقوّم قيمته ويضمن الذي أعتقه لأنّه أفسده على أصحابه».

وحسنة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٤] وخبره كما في الكافي والتهذيب «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ قال: نعم يؤخذ بما بقي منه من قيمة يوم أعتق».

(١) التهذيب ج٨ ص٢٢١ ح٢٦، الوسائل ج١٦ ص٢٧ ب١٨ ح١١ وفيهما «يوماً الغلام ويوماً للمولى ويستخدمه».

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٢ ح١ وفيه «قيمة ـ عليه لما أفسده»، الوسائل ج١٦ ص٢٥ ب١٨ ح١ وفيه «قيمة ـ فلا يستطيعون بيعه».

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٢٠ ح٢٢ وليس فيه «هذا فساد على أصحابه»، الوسائل ج١٦ ص٢٦ ب١٨ ح٥ وفيه «يقوم قيمة».

(٤) الكافي ج٦ ص١٨٣ ح٦ وفيه «بقيمته يوم»، التهذيب ج٨ ص٢١٩ ح١٧ وفيه «يؤخذ بما بقى»، الوسائل ج١٦ ص٢٦ ب١٨ ح٦ وفيه اختلاف يسير.

وحسنة الحلبي[١] أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مؤسراً كلّف أن يعتقه كلّه وإلّا يستسعى العبد في باقي النصف الآخر».

ومثلها صحيحته[٢] كما في الفقيه.

وموثّقة محمّد بن قيس[٣] كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام ثمّ ذكر مثل صحيحته المتقدمة.

و احتجّ الشيخ في النهاية و المبسوط و كتابي الأخبار من القول بالتفصيل ـ وهو أنّه إن قصد بالاضرار بالشريك فكّه إن كان مؤسراً و بطل العتق إن كان معسراً، وإن قصد القربة لم يلزمه فكّه، وسعى العبد في حصّة الشريك، فإن امتنع استقرّ ملك الشريك على حصّته ـ بما رواه الكليني في الحسن و ابن بابويه[٤] في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان مضراً كلّف أن يعتقه كلّه و إلّا استسعى العبد في النصف الآخر».

و ما رواه الشيخ وابن بابويه في الصحيح عن محمّد بن مسلم[٥] «قال: قلت

---

(١) الكافى ج٦ ص ١٨٢ ح٢ ، التهذيب ج٨ ص ٢٢٠ ح ٢١ ، الوسائل ج١٦ ص٢٥ ب١٨ ح٢ ومافى المصادر «انكان مضاراً ـ والا استسعى العبد فى النصف الاخر».

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٨ و فيه « ان كان مضاراً ـ استسعى العبد فى النصف الاخر» .

(٣) الكافى ج٦ ص٦٨٣ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص٢٥ ب١٨ ح٣ .

(٤) الكافى ج٦ ص١٨٢ ح٢ ، الفقيه ج٣ ص٦٧ ح٨ ، الوسائل ج١٦ ص ٢٥ ب١٨ ح٢ وما فى المصادر «ان كان مضاراً» .

(٥) الفقيه ج٣ ص٦٨ ح٩ ، التهذيب ج٨ ص٢٢١ ح٢٧ ، الوسائل ج١٦ ص٢٨ ب١٨ ح١٢ ومافى المصادر اختلاف يسير .

لأبي عبدالله عليه السلام : رجل ورث غلاماً و فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه ، فقال : إذا أعتق لوجه الله نصيبه مضارة هو مؤسر ضمن للورثة، وإذا أعتقه لوجه الله كان الغلام وقد أعتق منه حصّة من أعتق ، ويستعملونه على قدر ما اعتق منه له ولهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوماً وله يوماً ، و إن أعتق الشريك مضاراً و هو معسر فلاعتق له لأنّه أراد أن يفسد على القوم ، و ترجع القوم على حصصهم » .

ولمضمون هذه الرواية أوجب الشيخ العمل بها لكونها صحيحة السند مفصّلة والمفصّل يحكم على المجمل .

و من هنا عمد محدّث الوافي حيث مال لمذهب الشيخ إلى أخبار حجّة المشهور فقيّد إطلاقها به فقال ـ في بيانات أخبار المشهور ـ : إطلاق هذه الأخبار مقيّد بما إذا كان المعتق مضاراً غير مريد به وجه الله تعالى وكان ذا سعة من المال ، أمّا لو لم يكن ذا ولا ذاك استسعى العبد في بقيّته إن أراد كما يظهر من الأخبار الآتية ، ويستفاد من بعضها عدم وقوع العتق لو كان مضاراً معسراً معاً . وأشار بذلك البعض إلى صحيحة محمّد بن مسلم المفصّلة .

و كأنّهم حملوا صحيحة محمّد بن قيس [1] الاخرى عن أبي جعفر عليه السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصيبه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتّى كبر الذي حرر نصفه ، قال : يقوّم قيمةً يوم حرر الأول ، و أمر المحرر أن يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتّى يقضيه» .

والمحرر هنا بفتح الراء بقرينة يسعى ، فإنّه إنّما يقال في العبد على مالو كان عتقه لوجه الله وكان معسراً ، وإلّا كان إطلاقه منافياً للأخبار السابقة التي هي حجّة المشهور وحجّة الشيخ ، وكان حجّة لأبي الصلاح الحلبي .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٣ ح٣ ، الوسائل ج١٦ ص٢٦ ب١٨ ح٣ وفيه «فحرر أحدهما نصفه ـ وأمر الاول» .

وكذلك حملوا إطلاق خبر الحسن بن زياد (١) «قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل أعتق شركاً له في غلام مملوك، عليه شيء؟ قال: لا».

وكذا موثّقة يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله، على ما لو قصد بالعتق وجه الله لا الاضرار وأنّه يستسعى العبد فيما بقي، ويستحبّ له أن يشتري ما بقي ويعتقه واستدلّ بما مضى ويأتي وحملها المشهور على ما لو كان غير مؤسراً.

وكذلك إطلاق رواية علي بن أبي حمزة (٣) «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوك بين اناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوّم قيمةً ثمّ يستسعى فيما بقي، ليس للباقي أن يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبة».

وكذلك إطلاق خبر السكوني (٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنّ رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة» على ذلك التفصيل أيضاً، وهو أن يكون المعتق معسراً.

وكان إطلاق هذه الأدلّة الدالّة على الاستسعاء للعبد مطلقاً ـ إن أراد ذلك ـ هو مستمسك أبي الصلاح الحلبي، وكان مستمسك ابن الجنيد هو وجه الجمع بين هذه الأخبار الدالّة على الاستسعاء مطلقاً وبين الأخبار الدالّة على تقويمه على المولى عند اليسار بالتخيير لصاحب الحصّة الذي لم يعتق، وهو وإن كان له وجه في الجمع إلّا أنّ الخبر المفصّل الصحيح الذي تمسّك به الشيخ وهو صحيحة محمّد ابن مسلم ممّا تأباه.

وأمّا خبر أبي الصباح الكناني (٥) «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجلين

---

(١) و(٢) التهذيب ج٨ ص٢١٩ ح١٩ و٢٠، الوسائل ج١٦ ص٢٧ ب١٨ ح٨.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٢١ ح٢٥، الوسائل ج١٦ ص٢٧ ب١٨ ح١٠ و فيه «ليس للباقى أن يستخدم».

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٢٩ ح٦١، الوسائل ج١٦ ص٧٦ ب٦٤ ح٥.

(٥) الفقيه ج٣ ص٦٧ ح٦ وفيه «لا اريد ان تقومني ـ ولكن يقومها»، الوسائل ج١٦ ص٢٨ ب١٨ ح١٣ وفيها «للذى لم يعتق ـ لا اريد».

يكون بينهما الأمة ، فيعتق أحدهما نصفه، فتقول الأمة للّذي يعتق نصفه: لا تريد أن تعتقني ذرني كما أنا أخدمك ، و إنّه أراد أن يستنكح النصف الآخر ، قال : لا ينبغي له أن يفعل ، إنّه لا يكون للمرأة فرجان ، ولا ينبغي له أن يستخدمها ولكن يعتقها ويستسعيها » .

وكذلك خبر أبي بصير [1] مثله إلّا أنّه قال « وإن كان الذي أعتقها محتاجاً يستسعيها » .

ففيهما إشارة إلى أنّ ذلك مع عجز المعتق ، سيّما الثانية .

وقد أورد على الشيخ فيما جمع به إشكال حاصله أنّ المعتق لمضارة الشريك مناف للقربة ، فيتّجه بطلان العتق إذا وقع على هذا الوجه مطلقاً ، سواء كان المعتق مؤسراً أو معسراً، فإن لم يكن منافياً للقربة ـ كما ذكره في المختلف من أنّ المراد به تقويمه على الشريك قهراً مع إعتاق نصيبه لوجه الله ـ اتّجه صحّة العتق الواقع على هذا الوجه من المؤسر والمعسر أيضاً ، فالفرق بينهما لا يظهر له وجه . و أيضاً أنّ المعتق مضارة إذا قلنا إنّه لا ينافي القربة كيف يجعل العتق لوجه الله تعالى قسيماً له .

ويمكن دفعه بأنّ المضارة مع اليسار قصد التقديم على الشريك، و ذلك لا ينافي وقوع التقرب من المعتق لاعتاق حصّته، و بالمضارة مع الاعسار قصد تضييع مال الشريك وإتلافه عليه ، وذلك مناف للقربة ، فيبطل العتق الواقع على هذا التقدير ، و بالعتق لوجه الله العتق على هذا الوجه مع الذهول عن التقديم على الشريك إمّا للجهل بذلك أو للغفلة عنه .

وهنا فروع بها تتبيّن أحكام هذه المسألة على جهة التفصيل وبها تتميّز الأقوال فذكرها كاشف عن أدلّتها وبيان عللها مفصّلة وبيان الراجح من هذه الأقوال .

---

(١) الفقيه ج٣ ص٦٧ ح٧، الوسائل ج١٦ ص٢٨ ب١٨ ح١٤ وفيهما «فليستسعها».

الاول : قد اختلف الأصحاب في وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شرائط السراية ، فالشيخان والمحقّق والعلاّمة وجماعة من المتأخّرين على أنّه عند أداء القيمة. والشيخ في المبسوط أنّه مراعاً بالأداء، فإذا حصل تبيّن كون العتق من حين عتق نصيبه . وقال ابن إدريس : ينعتق بالاعتاق ، أي باللفظ المقتضي العتق نصيبه ، لأنّ ذلك معنى السراية شرعاً .

والأقوى الأول لأنّ للأداء مدخلاً في العلّيّة، ولهذا لا ينعتق مع الاعسار، ولأنّه لو أعتق بالاعتاق لزم الاضرار بالشريك بتقدير هويّة أو تلف مال ولظاهر صحيحة محمّد بن قيس المتقدمة عن الباقر عليه السلام وموثّقته حيث قال فيهما «من كان شريكاً في عبد أو أمة، قليل أو كثير، فأعتق حصّته وله سعة فليشتري من صاحبه فيعتق كلّه» والمراد بشرائه منه هو تقويم على نفسه وأداء قيمته لشريكه لعدم اعتبار الشراء الحقيق إجماعاً .

وأمّا الشيخ في المبسوط فدليله ظواهر تلك الأخبار، وفيه جمع بين الأدلّة.

وأمّا ابن إدريس فقد تمسّك بأن هذا مقتضى السراية و مدلول الأخبار الدالّة عليها من العامّة و الخاصّة كقول النبي صلى الله عليه وآله « إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كلّه». ويروى «فهو حرّ كلّه» ويروى «فهو عتيق». وقول علي عليه السلام «فهو حرّ ليس لله شريك». وقول الصادق عليه السلام في صحيحة سليمان بن خالد وغيرها ممّا تقدم ذكره «أنّه قد أفسد على صاحبه» والافساد إنّما حصل بالعتق .

وقد توقّف العلاّمة في كثير من كتبه وولده في شرح القواعد وأول الشهيدين في شرح الارشاد ، مع أنّه قد رجّح في الدروس اعتبار الأداء لصحيحة ابن قيس وموثّقته المتقدمتين، وتنظّر ثاني الشهيدين في المسالك في صحّة الرواية المذكورة بناءً على أنّ ابن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره، فلا تكون الرواية صحيحة مطلقاً وإنّما صحّتها بالنسبة إضافيّة إلى غيره وذلك غير كافٍ في

الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره .

ثمّ قال: والحق أنّ الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح، والأخبار الدالّة على اعتبار وقت العتق أكثر .

وفيه نظر من وجوه: أمّا (أولاً) فلأنّ رواية محمّد بن قيس لا إشكال في صحّتها، كما جزم به غير واحد هنا، لأنّ الراوي فيها عنه عاصم بن حميد و هو قرينة الثقة البجلي .

(وثانياً) أنّ اعتبار الصحّة فيها وجعلها إضافيّة ممّا لا وجه له بعد ثبوت الاشتراك وليس في الصحّة إضافيّة على مقتضى مصطلح أهل الدراية من المتأخّرين، نعم يمكن ذلك على مصطلح القدماء حيث إنّ اعتبار الصحّة عندهم مبنيّ على القرائن لا على وثاقة الراوي وإماميّته فتقبل الشدة والضعف .

(وثالثاً) أنّ قوله «والحق أنّ الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح» من أغرب الغريب وأعجب العجيب لأنّ أكثر ما ذكرناه من الأخبار من الصحاح في الجانبين، فإنّ رواية سليمان بن خالد لا إشكال في صحّتها، كذلك صحيحة الحلبي وصحاح ابن مسلم وصحيحة حريز، ولكنّه ـ قدس سره ـ لم يستوف تلك الصحاح في الذكر كما هي عادته الجارية . وكذا قوله «إنّ الأخبار الدالّة على اعتبار وقت العتق أكثر» لا يخلو عن نظر لأنّها ليست صريحة فيما ادعي بل ولا ظاهرة، نعم هي في نفسها كثيرة .

ثمّ إنّه يتفرع على هذه الأقوال فروع اخر: (ومنها) ما لو عتق اثنان من الشركاء الثلاثة مترتّبين، فإن قلنا : ينعتق بالاعتاق ـ كما هو مختار ابن إدريس ومن تبعه ـ قوّم على المعتق أولاً . فإن قلنا بالأداء ـ كما هو المشهور ـ ولم يكن الأول قد أدى قوّم عليهما . و إن قلنا بالمراعاة احتمل تقويمه عليهما أيضاً لأنّ عتق الثاني صادف ملكاً فوقع صحيحاً فاستويا في باقي الحصّة الاخرى . ويحتمل تقديم الأول لأنّه بالأداء تبيّن انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق حصّته فيقع

عتقه لغواً لكن في الأول قوة .

(ومنها) اعتبار القيمة، فإن قلنا ينعتق بالاعتاق اعتبرت من حينه قطعاً كما تدلّ عليها ظواهر تلك النصوص لاحالتها القيمة على وقت العتق. وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف لمساواته للاعتاق في تلك الحال . وإن قلنا بالأداء ـ كما هو المشهور ـ فوجهان : من كون التلف إنّما يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، ومن أنّ الحجر على المالك يحصل يوم العتق، وهو الذي اختاره المحقّق في الشرايع معلّلاً ذلك بالحيلولة ،وله وجه وجيه تدلّ عليه تلك الأخبار . وفي المسألة وجه ثالث وهو اعتبار أقصى القيم من يوم الاعتاق إلى يوم الأداء ، لأنّ الاعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف فيكون بمنزلة جراحة العبد ثمّ يموت بعد مدة ، فإنّ المعتبر أقصى قيمته من حين جرحه إلى موته، وقد تقرر أنّ هذا الضمان بمنزلة الاتلاف.

(ومنها) إذا أعسر المعتق بعد الاعتاق وقبل أداء القيمة ، فإن أثبتنا السراية بنفس الاعتاق فالقيمة في ذمّته . وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك ، أمّا موته فلا يؤثّر على الأقوال كلّها ، أمّا على التعجيل فظاهر ، وأمّا على التوقّف فلأنّ القيمة تؤخذ من تركته كالدين، والاعتاق صار مستحقّاً عليه حالة الحياة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة ويتأخّر الوجوب عنها كمن حفر بئراً في محلّ عدواناً فتردى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته .

(ومنها) مالو مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا يحصل بالاعتاق مات حراً موروثاً منه ويؤخذ قيمة الشريك . وكذا إن قلنا بالتبيّن والكشف وقف إلى أداء القيمة ، فإذا اديت بان الأمر كذلك .

وإن قلنا بتأخّر السراية إلى وقت الأداء فوجهان ، أظهرهما أنّها تسقط لأنّ وجوب القيمة لتحصيل العتق والميّت غير صالح له كما تقدم . والثاني المنع لأنّه مال استحقّ في الحياة فلايسقط بالموت ، وعلى هذا فقد تبيّن بالأداء أنّ العتق حصل قبل موته وبهذا ينكشف ضعفه .

(ومنها) إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينعتق إن أثبتنا السراية في الحال . ولو أخّرناها لأداء القيمة فوجهان : أحدهما أنّه لا ينفذ لأنّ المعتق استحق أن يتملّكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له ، ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره . والثاني أنّه ينفذ بمصادفته الملك ولأنّ المقصود يكتمل العتق وقد حصل ، وأغنى عن التكليف بأداء القيمة ، وهذا أقوى .

ثمّ إذا قلنا بنفوذ الاعتاق ففي نفي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان: من أنّه مالك ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرفات وأخرجنا العتق لموافقته لمطالب الشارع منه ، وهذا أقوى .

(ومنها) ما لو وطأ الجارية قبل أداء القيمة ، فعلى القول بتعجيل السراية يكون كوطء الحرة فيلزمه حكمه في حالتي الاختيار والاجبار فليس عليه مهر في الأول ويلزمه المهر في الثاني ، وعليه الحدّ مع العلم بالتحرر .

وإن قلنا بتوقّفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحرّ مع الاقرار على القول بالمراعاة يحتمل ذلك أيضاً لكونها حال الوطء مملوكة له ، و ثبوت جميعه لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرة حينئذ ، و لا حدّ من جهة الحصّة لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه ، وفروع الباب كثيرة مبنيّة على غيره .

الثاني : لو كان المملوك بين ثلاثة واعتق اثنان قومنا حصّة الثالث عليهما بالسويّة ، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت . هذا إن أعتقا نصيبهما معاً كما لو وكّل أحدهما الآخر أو علّقا على شرط واحد .

وإن كان التعليق مترتّباً فوجد الشرط، فإن كان أحدهما مؤسراً قوّم عليه نصيب الثالث ، وإن كانا مؤسرين قوّم نصيب الثالث عليهما بالسويّة ، لا على قدر الملكين ، **لأنّ** القيمة الواجبة هنا حكمها حكم ضمان المتلفات ، و الحال هنا لا يفترق هنا فيها بين قلّة الأسباب و كثرة أمثاله كمثال ما لو جرح واحد جراحة و الآخر جراحات وسرت الجراحات أجمع فمات المجروح منها فإنّ الدية تكون

عليهما بالسويّة .

وللعامّة قول بأنّ القيمة عليهما بحسب الانصباء كالشفعة، فإذا أعتق النصف وصاحب السدس عزم صاحب الثلث ثلاثة أرباع قيمة الثلث وصاحب السدس ربعها، ويضعّفه حصول الفرق ، فإنّ الأخذ بالشفعة من توابع الملك موافقة فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج، بخلاف القيمة الواجبة هنا لما بيّنّاه من الوجه. ومع هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل بالشفعة أنّها على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء عند القول بها مع تعدد الشركاء ، وقد دلّت بعض الأخبار على ذلك كما ذكر في الشفعة .

فعلى كلّ تقدير فتعتبر القيمة وقت العتق كما اقتضته الأخبار لأنّه وقت الحيلولة ، سواء قلنا بانعتاقه في العتق أم بالأداء ، والأمر على الأول ظاهر .

وأمّا على الثاني فإنّه وإن لم ينعتق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلّق به حقّ العتق واستحقّ الشريك المطالبة بالقيمة وذلك فرع ثبوتها وإن توقّف العتق بالفعل على أمر آخر ، ومعنى كونه وقت الحيلولة أنّه يحجّر على الشريك حصّته وإن لم تنتقل عن ملكه .

والعلاّمة ـ قدس سره ـ في كتبه قد وافق المحقّق شيخه في إطلاق اعتبار يوم العتق تبعاً لظواهر النصوص المذكورة ، واستوجه الشهيد الثاني مقوياً له ترتّب القيمة على وقت العتق بالفعل ، فإن جعلناه بالانعتاق اعتبرت حينئذٍ ، وكذا على القول بالمراعاة .

وعلى القول باشتراطه بالأداء تعتبر القيمة عنده ، وهو الذي يظهر من كلام المبسوط فإنّه نقل القول بانعتاقه للعتق ، ثمّ فرع عليه فروعاً منها اعتبار القيمة وقت العتق ، ثمّ نقل القول الآخر . وأول الشهيدين في دروسه ظاهره ذلك أيضاً حيث أطلق اعتبار القيمة وقت الأداء بعد أن اختار اتّصافه بالأداء ولم يذكر

اعتبارها يوم العتق، وهذا موافق لمختار ثاني الشهيدين ، لكن الأخبار ممّا تأباه إلّا أن يجعل ما في الأخبار دليلاً على اعتبار قول ابن إدريس أو قول الشيخ في المبسوط من المراعاة ، والكلّ محتمل ، وعلى كلّ تقدير فينبغي اعتبار قيمته يوم العتق .

الثالث : لو هرب المعتق صبر عليه حتّى يعود ، وإن أعسر نظر إلى اليسار بناءً على أنّه ينعتق بالاعتاق لأنّ القيمة تكون ديناً عليه وإن أداها بريء وعند هربه وإعساره ينتظر وقت الامكان ، وهذا واضح .

أمّا لو قلنا متوقّفة على الأداء ـ كما اختاره المحقّق ومختار المشهور ـ فمقتضى التفريع أنّ الحكم كذلك أيضاً ، بمعنى أنّ حقّ العتق لا يبطل بذلك بل يستمرّ إلى أن يتمكّن من الأداء لوجود السبب المقتضي له وهو الاعتاق .

وأن يتوقّف على شرط آخر أو على تمام السبب فلا يكون كالحقّ الفوري يبطل بالتأخير ، وحينئذٍ فيبقي المعتق بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدي إليه القيمة ، وهل يحتمل الحجر عنه بذلك ؟ يحتمله ، حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل ، ومن أنّ عليه العتق قد ثبت فيلزم . وتظهر الفائدة في المنع عن نقله عن الملك ببيع أو هبة أو نحوها لا بالاستخدام .

ولو اختلفا في القيمة فقال المعتق قيمته مائة وقال الشريك قيمته مائتان مثلاً فإنّ المملوك حاضراً والعهد قريب ، أو قلنا إنّ المعتبر قيمته وقت الأداء فصل الأمر بمراجعة المقوّمين من أهل الخبرة ، وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد واعتبرنا قيمة يوم العتق ، ففي المصدّق بيمينه منهما قولان :

(أحدهما) هو الذي اختار المحقّق والعلّامة وجماعة من المتأخّرين أنّ القول قول المعتق لأنّه الغارم والأصل معه كما إذا اختلف المالك والغاصب في المذهب الأشهر والأقوى في قيمة المغصوب بعد تلفه ، فإن الغاصب مصدّق والأصالة البراءة من الزائد .

(و القول الثاني) أن المعتق يتملّكه عليه قهراً فيصدّق المتملّك عليه فلا ينزع من يده إلّا بما يرضيه كما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن المأخوذ به فإنّ المصدّق المشتري .

وربما بني القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا: إنّ السراية تتعجّل بالعتق فالمصدّق المعتق لأنّه هو الغارم. وإن قلنا بتأخّرها فالمصدّق هو الشريك لأنّه ملكه باقٍ فلاينتزع إلّا بما يرضيه كما في المشتري مع الشفيع .

والمحقّق - رحمه‌الله - مع حكمه بتأخّر العتق عن الأداء قدم قول المعتق وهو خلاف البناء المذكور . ووجهه أنّه المنكر حقيقة ، حيث إن الأصل عدم الزيادة على التقديرين .

ولو ادعى المعتق فيه عيباً فأنكر الشريك كان القول قول الشريك ، لأنّ الأصل عدم العيب وكون المملوك على الخلقة الأصليّة، ولافرق بين دعواه العيب في أصل الخلقة بأن يقول أكمه أو أخرس فيقول الشريك بل كان بصيراً ناطقاً و بين دعواه حدوث العيب بعد السلامة بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقاً أوسارقاً بل الحكم في الثاني أولى و أظهر لأصالة عدم حدوث العيب مع اتّفاقهما على عدمها في الابتداء .

الرابع : قد علمت ممّا سبق أنّ اليسار المعتبر هو أن يكون مالكاً بقدر قيمته نصيب الشريك فاضلاً عن قوت يومه وليلته وليس المراد من اليسار في هذا الباب هو الغنى عرفاً بل المراد من يملك من المال مابقي بقيمة نصيب شريكه وإن لم يملك غيره لظاهر تلك الأخبار سيّما قوله عليه‌السلام « و له مال قوّم عليه الباقي » فيصرف في هذه الجهة كلّ عين تباع في الدين ممّا زاد عن قوت يومه له ولعياله الواجبي النفقة ودست ثوب .

وظاهر المحقّق في الشرايع أنّه لايستثنى له المسكن والخادم ، والأقوى استثناؤها كما في الدين لأنّ هذا من جملتها ، وإطلاق كلام المحقّق وجماعة

يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه أو أكثر. فلا يمنع الدين السراية ـ وهو أحد القولين في المسألة ـ لأنّه مالك لما في يده نافذ تصرفه فيه حتّى لو اشترى به عبداً فأعتقه نفذ فكذلك يجوز أن يقدم عليه، وعموم الأخبار السابقة يشمله، والشريك حينئذٍ أحد الغرماء، ولأنّه لو طالبه صاحب الدين وجب عليه إيفاؤه وإن كان للباقين ما يستغرق ماليّته، فلو كان وجود المستغرق يصيّر معسراً لحرم مطالبته على كلّ واحد منهم، كما تحرم مطالبة المعسر والمعتق أولى لبناء العتق على التغليب، ووجه القول بكونه معسراً التحاقه بالفقراء وذلك يحلّ له الزكاة.

وفيه: منع الملازمة، فإنّ استحقاق الزكاة لا يلتزم الاعسار بل هو أعمّ والملك متحقّق. ويفهم من قولهم أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك أنّه لو ملك البعض لم يعتق، وهو أحد القولين في المسألة. واستجوز ثاني الشهيدين في ذلك عتق الميسور منه وإن قلّ لعموم «إذا امرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وخصوص قوله عليه السلام «وله مال قوّم عليه الباقي» وهو قوي.

الخامس: ولو ورث شقصاً ممّن ينفق عليه فالمشهور بين الأصحاب عدم السراية لأنّ من شروطها ـ كما تقدم ـ وقوع العتق بالأخبار كما دلّت عليه تلك الأخبار لتعلّقها على إعتاقه لا على مطلق انعتاقه لصراحته في المباشرة للعتق اختياراً وهو ... (١) بالاختيار، ولأنّ الأصل عدم وجوب التقويم إلّا ما أخرجه الدليل ولم يدلّ الدليل إلّا على المباشرة، فلا يرد ما قيل: إنّ دلالة تلك الأخبار على نفي السراية فيها عدا المباشرة من باب دليل مفهوم الخطاب وليس بحجّة في الأقوى، ولما تقدم من أنّ التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ولم يكن له في غير الاختيار صنع ولا قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى من ينعتق عليه أو فعل أحد الأسباب الصادرة بالاختيار، فإنّ فعل السبب اختياراً كفعل المسبّب.

وقال الشيخ في الخلاف: يسري وإن ملكه بغير اختياره كالارث، محتجّاً

(١) كلمة غير مقروءة، ولعلها «المعتق».

بالاجماع والأخبار . مع أنّه في المبسوط ذهب إلى القول الأول ، وما ادعاه من وجود الأخبار في ذلك لم نقف على شيء منها إلّا أن يكون أشار بها إلى الأخبار المعلّلة لعتق السراية بأنّه ليس لله شريك . وقد عرفت من الأخبار ما يعارضها لدلالته على وقوع الشركة مع الله في العتق وحصول التبعيض في مواضع عديدة. والمعتمد هو القول المشهور قصداً للحكم المذكور بكونه مخالفاً للأصل على محلّ النصوص .

السادس: لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له غيره لم يقوّم على الورثة باقيه ، وكذا لو أعتقه عند موته ونجّز عتقه في مرض الموت أعتق من الثلث ولم يقوّم عليه في المشهور .

أمّا عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت مورثه الموصي بذلك فلأنّه لم يعتقه عن نفسه وإنّما أعتقه عن المورث إنفاذاً لوصيّته، فلا يكون من صنعه وفعله ، فلاوجه للسراية عليه ولا على الميّت .

وإن كان وقت الوصيّة مؤسراً لانتقال التركة للوارث بالموت فصار بالاعتاق مؤسراً فلا يقوّم على من لا يملك شيئاً بعد نفوذ العتق ، كما لو وكّله في عتق الشقص وهو مؤسر فأعتقه الوكيل بعد أن اعسر .

والشيخ في الخلاف قوله بالسراية عليه أيضاً كالعتق القهري إن وسعه الثلث.

واختاره في الدروس محتجّاً سبق السبب على الموت وبرواية أحمد بن زياد الواقفي [1] على ما رواها المحمّدون الثلاثة عن أبي الحسن عليه السلام «قال : سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله مماليك لخاصّة نفسه وله مماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيّته: مماليكي أحرار ، ما حال مماليكه الذين في الشركة؟ فكتب عليه السلام : يقوّمون عليه إن كان ماله يحتمل فيه فهم أحرار» .

(١) الكافي ج٧ ص٢٠ ح١٧ ، الفقيه ج٤ ص١٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج٩ ص٢٢٢ ح٢٢ ، الوسائل ج١٣ ص٤٦٣ ب٧٤ ح٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

و طعن في الرواية بضعف راويها و بمعارضتها لخبر الجارية المعتبر الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام و بخبر الحارثي و بخبر النضر بن شعيب المحاربي [١] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل توفّي وترك جارية أعتق ثلثها فتزوجها الوصي قبل أن يقسّم شيئاً من الميراث، أنّها تقوّم وتستسعى هي وزوجها في بقيّة ثمنها بعد ماتقوّم، فما أصاب المرأة من عتق أو رقّ جرى على ولدها» .

وبموثّقة عبدالله بن سنان [٢] «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام» وقد تقدمت الرواية «عن امرأة أعتقت ثلث خادمها بعد موتها ، أعلى أهلها أن يكاتبوها شاءوا أو أبوا ؟ قال : لا ، ولكن لها ثلثها وللوارث ثلثاها ، ويستخدموها بحساب الذي لهم منها ، ويكون لها من نفسها بحساب الذي أعتق منها» .

ومثلها صحيحة هشام بن سالم وعبدالله بن مسكان [٣] جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام نحوه ، وهي شاملة للوصيّة والمنجّزة في مرض الموت ، وقد دلّت على نفي السراية فيهما، إلّا أنّهما مطلقة، وذلك الخبر خاصّ ومقيّد مع إمكان حملها على ما إذا لم يكن لها سواها كما احتمله محدّث الوسائل تبعاً للشيخ .

ويمكن حمل الحديث المذكور على مالو فهم الوصي من كلام الموصي أعتق جميع العبيد على وجه يشمل المشترك والمختصّ ولو على وجه الشراء وإنفاذ الوصيّة بعد ذلك أو على التقيّة، لأنّ المشهور بينهم السراية في جميع الحالات. والأحوط العمل بمقتضى ذلك الخبر ، حيث إنّه لا معارض له في الحقيقة لأنّه خاصّ وما عارضه عام . وعلى هذا فينبغي للشريك قبول القيمة وإنفاذ الوصيّة للسلامة عن الاختلاف في النصوص والفتوى .

وأمّا إذا أعتقه المريض فإنّه محجور عليه فيما زاد على الثلث بناءً على مذهب المشهور ، حتّى الشيخ القائل بالسراية فكان في غير الثلث معسراً فلا يسري عليه

---

(١) الكافي ج٧ ص٢٠ ح١٨، التهذيب ج٩ ص٢٢٣ ح٢٣، الوسائل ج١٣ ص٤٦٣ ب٧٤ ح١ .
(٢) التهذيب ج٩ ص٢٢٥ ح٣٢ ، الوسائل ج١٣ ص٤٦٤ ب٧٤ ح٣ .
(٣) التهذيب ج٩ ص٢٤٣ ح٣٦ ، الوسائل ج١٣ ص٤٦٤ ب٧٤ ح٣ .

و إن باشر العتق ، فلو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر ، فإن خرج جميع العبد من الثلث قوّم عليه نصيب الشريك وعتق لأنّ تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح، وإن لم يخرج إلّا نصيبه عتق نصيبه ولا تقويم، وإن خرج نصيبه و بعض نصيب الشريك قوّم عليه ذلك القدر على الخلاف .

و بالجملة: فالمريض بالنسبة إلى الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث معسر المحجر عليه عمّا زاد للميّت عن الثلث، فالمعتبر إيساره عند نفوذ عتق الشقص في ثبوت السراية، فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاة لأنّ ذلك هو وقت خروجه عن الوارث وانتقال التركة إليه فيعتبر وصول مثليه إليه وإن كان قد نجّز عتقه في المرض فالمعتبر قيمته عند الاعتاق لأنّه وقت خروجه عن ملك الوارث المعتبر في نفوذه بقاء مقدار ملكه للوارث .

ثمّ لا يعتبر وجود الضعف حينئذٍ للاحتمال أن يتلف قبل موت المريض بل المعتبر قيمته عند قبضه إيّاه ، فلو فرض أنّه لم يكن له مال عند العتق و لكن تجدد عند موته مقدار ذلك نفذ العتق ، و لو انعكس فتلف المال قبل الموت أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحتسب عليه .

و لو كان عند الموت بقدر ضعفه ثمّ تجدد له زيادة نماء بحيث تقابل حصّة الشريك وضعفها لم يسر لأنّ الزيادة ملك الوارث لانتقال التركة إليه بالموت، ولهذا ظهر أنّ المعتبر في التركة أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث .

وللعلّامة ـ قدس سره ـ قول بأنّ العتق المنجّز والمؤخّر سواء في اعتبار القيمة عند الموت إن نقصت قيمة المنجّز، لأنّه لو بقي عبداً لم يحفظ على الورثة سوى قيمته الناقصة فلم يتلف عليهم أكثر منها. وأمّا إذا زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب للمعلم بعتق شيء منه وقت الاعتاق، فإذا زادت قيمة المعتق لم يحتسب من التركة و لا عليه .

وأمّا الرقّ فيحتسب زيادته منها ، فإن خلّف ضعف قيمته فصاعداً من غيره

أعتق كلّه ، وإن خلّف أقلّه أو لم يخلّف شيئاً حسب نصيب الرقّيّة من التركة فتكثر التركة فيكثر العتق فيقلّ الرقّ فتنقص التركة فيقلّ المعتق، وذلك دور.

فلو كانت قيمته وقت العتق مائة فصارت عند الوفاة مائتين ولم يخلّف سواه فإن أعتق منه شيء وله من زيادة القيمة شيء والمورثة شيئان بإزاء العتق فهو في تقدير أربعة أشياء فيعتق منه نصفه وهو الآن يساوي مائة وقدكان يساوي خمسين وللمورثة نصفه الذي يساوي مائة وهو ضعف ما عتق منه .

ولوبلغت قيمته ثلاثمائة قلناعتق منه شيء وله من الزيادة شيئان وللمورثة شيئان ضعف ماعتق منه ، فيصير في تقدير خمسة أشياء ثلاث له واثنان للمورثة ، فيعتق منه مائة وثمانون وللمورثة مائة وعشرون .

فلو صارت قيمته مائتين وخلّف السيّد مائة غيره قلنا عتق منه شيء وله من نفسه باعتبار الزيادة شيءآخر وللمولى منه ومن المائة شيئان ضعف ماعتق منه، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء شيئان للعبد من نفسه وشيئان للورثة منه ومن المائة. فالشيء خمسة وتسعون فيعتق منه ثلاثة أرباعه وتسلم المائة والربع الآخر للمورثة .

وعلى هذا لو فرض نقصان قيمة المنجّز عند الوفاة عنها عند الاعتاق فعلى قول العلاّمة لايتغيّر الحكم لو لم يكن غيره واعتبره القيمة عند الوفاة، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن .

وعلى ماذكره المحقّق في الشرايع ومن تبعه يلزم الدور المذكور لأنّ التركة معتبرة بالوفاة فلايحصل للوارث ضعف ما أعتق مورثهم لأنّ المعتق منه ثلثه ، فلو كانت قيمتة عند الاعتاق مائة ورجعت إلى خمسين فثلثه يساوي عند الاعتاق ثلاثة وثلثين وثلثاً إن لم يكن لهم ضعفاً إن لم يكن لهما ضعفهما [1] عند الوفاة ، وهو متعذر لأنّ الباقي منه قدر ماعتق فينقص المعتق عن الثلث ، وكلّ

(١) كذا في النسخة .

ما فرض عتقه كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقلّة العتق والعتق بقلّة النصيب فيقلّ النصيب، وهكذا. فنقول : عتق منه شيء ثمّ عاد إلى نصف شيء فبقي العبد في تقدير خمسين إلّا نصف شيء يعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسون إلّا نصف شيء يعدل ستّين، فإذا جبرت وقابلت صارت خمسين كاملة تعدل ستّين ونصفاً، فالشيء عشرون. ولمّا حكمنا رجوع الشيء إلى نصف شيء وتبيّن أنّ المعتق خمسة إلّا نصف شيء وخمس الستّين ونصف وكان قيمة النصف وهو خمس العبد عشرين يوم العتاق تعادل عشرة وبقي للورثة أربعة أخماسه وقيمة يوم الموت أربعون وهو ضعف قيمة جزء المعتق منه يوم الاعتاق .

السابع : إذا ادعى كلّ واحد من الشريكين على صاحبه وكانا مؤسرين أنّك أعتقت نصيبك وطالب بالقيمة وأنكر صاحبه فكلّ واحد منهما مصدّق بيمينه فيما أنكره، وإذا حلفا فلامطالبة في القيمة. ثمّ إن أوقفنا العتق على الأداء كما هو المشهور أو قلنا بالتوقّف والتبيّن كما هو مذهب الشيخ في المبسوط فالعبد رقّ كما كان ، وهذا هو الذي جزم به محقّق الشرايع مفرعاً له على مذهبه .

وإن قلنا بتعجيل السراية ـ كما هو مختار ابن إدريس ـ عتق جميع العبد لاعتراف كلّ منهما بسراية العتق إلى نصيبه .

ولو كان المدعي أحدهما خاصّة على الآخر ولا بيّنة فالمصدّق المنكر أيضاً مع يمينه، وإن حلف رقّ نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة واستحقّ القيمة .

وهل يحكم بعتق نصيب المدعى عليه؟ وجهان: من أنّ اليمين المردودة إمّا كالبيّنة على المدعى عليه أو كإقراره، وكلاهما يوجبان العتق، ومن أنّ الدعوى إنّما توجّهت عليه بسبب القيمة ، وإلّا فلا معنى للدعوى على إنسان أعتق عبده وإنّما ذلك وظيفة العبد ، وهذا هو الأقوى .

ثمّ إن شهد هذا المدعي مع آخر عدل يثبت العتق بالشهادة الحسبيّة، وأمّا

نصيب المدعي فيبني على عتقه على أنّ السراية حيث تتوقّف على الأداء ، فعلى الأول يعتق باعترافه بسراية المدعى عليه إلى نصيبه سواء حلف المدعى عليه أم نكل .

وإن قلنا بالتوقّف بقي إلى أن يأخذ القيمة، وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر إن كان المدعى عليه مؤسراً لأنّه لم يتبيّن العتق، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنّك اشتريت نصيبي وأعتقته وأنكر المدعى عليه، فإنّه يعتق نصيب المدعي ولا يسري ولأنّ نصيبه عتق لا باختياره بل قضيّة لقوله أعتقت نصيبك ، فكان كما لو ورث بعض من ينعتق عليه .

ولو كان المدعى عليه معسراً أو أنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد ، فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه لاقراره بأنّه أعتقه ولا يسري إلى الباقي .

أمّا لو كان المدعيان في المسألة الاولى معسرين لم يعتق أيضاً إلّا أن يشتري أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه لاقراره بعتق شريكه له، ولا يسري لأنّه لم يثبت إعتاقه .

لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما أو يستسعى في قيمته لهما باعتراف كلّ منهما بأنّ نصيبه محلّ لاستسعاء العبد في فكّه بسبب ادعائه عتق الآخر وعدم السراية، بخلاف ما إذا كانا مؤسرين فإنّه يدعي استحقاق القيمة في ذمّة شريكه فلا يستوفيها من المملوك . و يحتمل استيفاؤها منه لتعذر الأداء فينزل منزلة الاعسار .

أمّا لو كان أحدهما مؤسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر خاصّة إن قلنا بتعجيل السراية باتّفاقهما عليه في الدعوى والاقرار، أمّا المؤسر فبدعوى المباشرة، وأمّا المعسر فبدعوى السراية .

أمّا على القول باشتراط الأداء أو بجعل الأداء كاشفاً لم يعتق نصيب المعسر،

أمّا نصيب المؤسر فلا يعتق مطلقاً لانكاره المباشرة ، ودعواه عتق المعسر لا يقتضي السراية لفقد شرطها ، و لا تقبل شهادة المعسر عليه لأنّه يجرّ النفع إلى نفسه ، لكنّه يجب عليه أن يحلف ويبرأ من القيمة و العتق .

ثمّ إذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه وقلنا إنّ العتق متوقّف على الأداء فهل ينعتق عندالدفع أو بعده؟ قولان، وقد تردد المحقّق في الشرايع وجعل الأشبه أنّه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك، ولو قيل بالاقتران كان حسناً، وكان هذا من فروع الخلافات التي مرّ ذكرها المترتّب على تعجيل السراية أو توقّفها. فإن قلنا بتعجيلها وقع بعد العتق بغير فصل ، و كذا إن قلنا بالمراعاة كما عليه الشيخ في المبسوط كون الأداء كاشفاً عن سبقه .

و أمّا على ما اختاره المشهور من اشتراطه بالأداء فهو محلّ هذا الخلاف المذكور فشيخ المبسوط أنّه يقع بعد أداء القيمة لما ذكرناه من وقوع العتق عن ملك لاشتراط صحّة العتق مطلقاً بالملك السابق عليه لاستفاضة الأخبار من النبويّة وغيرها بأن لاعتق إلّا في ملك أو بعد ملك، ولأنّه يترتّب عليه الولي وهو يقتضي وقوعه في الملك .

واستوجه المحقّق الاقتران ، بمعنى أنّهما يقعان معاً ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمنيّاً كما في عتق المأمور، وهذا حسن . ويجيء على القول بتعجيل السراية توجّه الحكم بعتق صدورهما معاً من غير تأخّر السراية عنه لما ذكر ، ولظاهر قوله عليه السلام « هو حرّ كلّه ليس لله شريك » .

الثامن : قد تقدم في جملة من الأخبار بأنّه إذاشهد بعض الورثة بعتق مورثهم لبعض العبيد عدّ إقراراً وسرى في سهمه العتق ، فإن شهد اثنان من الورثة وكانا عدلين ثبت العتق على جميع الورثة لوجوب المقتضي لقبول الشهادة وانتفاء المانع ، ولو لم يكونا مرضيّين نفذ الاقرار في نصيبهما خاصّة .

و على كلّ تقدير فلا سراية في باقي أسهم الورثة إلّا إذا تحقّقت شهادة

العدلين ، و ذلك من باب الثبوت لا من باب السراية » وليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناءً على أنّ العتق لا يثبت بشاهد ويمين كما هو المشهور ، و كذا في المسائل السابقة .

وفي قواعد العلّامة في هذا المحلّ حكم بثبوته بحلف العبد مع الشاهد ووافق المشهور على عدم الصحّة في باب الشهادات .

و ظاهر الصدوق ـ رحمه الله ـ في من لا يحضره الفقيه اشتراط عدم السراية على المقرّ من الورثة بالعدالة كما هو ظاهر عدة من المعتبرة مثل صحيحة محمّد بن مسلم [(١)] عن أحدهما عليهما السلام « قال : سألته عن رجل ترك مملوكاً بين نفر فشهد أحدهم أنّ الميّت أعتقه ، قال: إن كان الشاهد مرضيّاً لم يضمن وجازت شهادته في نصيبه فاستسعى العبد فيما كان للورثة » .

و مرسلة منصور بن حازم [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل مات وترك غلاماً فشهد بعض ورثته أنّه حر ، فقال: إن كان الشاهد مرضيّاً جازت شهادته في نصيبه واستسعى فيما كان لغيره من الورثة » .

و على هذا فيجب حمل إطلاق صحيحة منصور و خبر يونس عن منصور [(٣)] أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل مات وترك عبداً فشهد بعض ولده أنّ أباه أعتقه فقال : يجوز عليه شهادته و لا يغرم و يستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة على ما إذا كان مرضيّاً » حملاً للمطلق على المقيّد ، فيدلّ على مفهومه على الضمان مع انتفاء العدالة لأنّه أضرهم بهذا الاقرار .

والمشهور بين الأصحاب عدم السراية مطلقاً فكأنّهم ألغوا مفهوم الخبرين المفصّلين وعملوا بالأخبار المطلقة لأنّ الاقرار لا يوجب العتق في نفس الأمر، كما

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٦ ح١٢١ وفيه «سألت أباجعفر عليه السلام»، الوسائل ج١٦ ص٦٦ ب٥٢ ح١ وفيهما «بين نفر ـ ويستسعى العبد» .

(٢) الكافي ج٧ ص٤٣ ح٢ وفيه «وترك غلاماً مملوكاً» ، الوسائل ج١٦ ص٦٦ ب٥٢ ح٢ .

(٣) الكافي ج٧ ص٤٢ ح١ ، الوسائل ج١٣ ص٤٠١ ب ٢٦ ح١ .

أنّه لا يوجب النقل و التمليك ، و لعلّه اشتراطه العدالـة للأمر باستسعاء العبد لا لانتفاء السراية ، والاحتياط لا يخفى .

والعجب من الأصحاب سيّما المتأخّرين حيث ذكروا هذا الفرع في كتبهم المبسوطة و المتون و شروحها و لم يتعرضوا لشيء من هذه الأدلّة ولم يتكلّموا على مضامينها بنفي ولا إثبات ،و كان عليهم أن ينقّحوا مناط هذه الأخبار على وجه يندفع به التنافي بينها .

المقصد الخامس

في أحكام العتق للقرابة

وفيه مسائل ، وحيث إنّ جامع الأصل قد تكلّم على هذا المقصد في كتاب البيوع واستقصى البحث عنه كما هي طريقة كثير من الفقهاء ، حيث يذكرون هذا المبحث في موضعين من كتبهم أحدهما في البيوع والثاني في العتق ، فلا بأس لو أعدنا الكلام عليه ثانياً ولو بتجديد ما تقادم عهده فنقول :

الاولى من تلك المسائل: أنّ من ملك من الرجال البالغين ولو على جهة القهر أحد اصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا ذكوراً وإناثاً عتقوا عليه ، و كذلك النساء البالغات، ويختصّ الرجل بعتق محارمه من النساء. والأصل فيه بعد الاجماع عليه الأخبار المستفيضة قد تقدم كثير منها هناك .

من تلك الأخبار صحيحة محمّد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام «قال: لا يملك الرجل والديه ولا ولده ولا عمّته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال».

وصحيحة عبيد بن زرارة (٢) «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّا يملك الرجل

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح١٠١ ، الوسائل ج١٦ ص١١ ب٧ ح٢ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح١٠٠ وفيه «لا يملك والديه ولاولده ولا اخته ولا ابنة أخيه ولا ابنة اخته ــ من ذوى القرابة» ، الوسائل ج١٦ ص ١٢ ب٧ ح٤ وفيه «لا يملك والده ولا والدته ولا اخته ولا ابنة أخيه ولا ابنة اخته» .

من ذوي قرابته، فقال : لا يملك والديه ولا اخته ولا ابنة اخته ولا عمّته ولا خالته وهو يملك ماسوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته» .

وصحيحة أبي بصير وأبي العبّاس وعبيد بن زرارة [1] كذلك كلّهم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمّته أو خالته أو بنت أخيه ـ وذكر أهل هذه الآية من النساء ـ اعتقوا جميعاً ويملك عمّه وابن أخيه والخال ولا يملك امّه من الرضاعة ولا اخته ولا عمّته» ثمّ ساق الحديث إلى أن قال : «يملك الذكور ماخلا والداً أو ولداً ولا يملك من النساء ذوات رحم، فقلت: كيف؟ يجري في الرضاع ؟ قال : نعم» .

وصحيحة محمّد بن مسلم [2] الاخرى كما في التهذيب عن أبي جعفر عليه السلام «ثمّ قال : لا يملك الرجل والده ووالدته ولا عمّته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوي القرابة من الرجال» .

وصحيحة محمّد بن مسلم [3] أيضاً كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام مثله .

وخبر معاوية بن وهب عن عبيد بن زرارة [4] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام» وذكر مثل صحيحته المتقدمة .

وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله [5] وحسنته كما في الكافي والتهذيب «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتّخذ أباه أو امّه أو أخاه أو اخته عبيداً، فقال : أمّا الاخت فقد اعتقت حين يملكها ، وأمّا الأخ فيسترقّه ، وأمّا الأبوان فقد

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٣ ح١١٠، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح١٠١ وفيه «والديه ولا ولده»، الوسائل ج١٦ ص١١ ب٧ ح٢ وفيهما «من ذوى قرابته» .
(٣) الكافى ج٦ ص١٧٧ ح٢ .
(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح١٠٠ ، الوسائل ج١٦ ص١٢ ب٧ ح٤ .
(٥) الكافى ج٦ ص١٧٨ ح٦، التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح٩٩ وفيه «عبداً»، الوسائل ج١٦ ص١٢ ب٧ ح٥ .

عتقا حين يملكهما» .

وموثّقة عبيد بن زرارة(١) عن أبي عبدالله عليه السلام كما في التهذيب «قال: سمعته يقول : لا يملك الرجل ذات محرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده، وقال: إذا ملك والديه أو اخته أو عمّته أو خالته أو بنت اخته- وذكر أهل هذه الآية من النساء - اعتقوا».

وحسنة كليب الأسدي (٢) «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يملك أبويه وإخوته ، قال : إن ملك الأبوين فقد عتقا ، وقد يملك إخوته فيكونون مملوكين ولا يعتقون» .

وخبر سدير (٣) كما في المجالس لابن بابويه «قال: قلت لأبي جعفر الباقر عليه السلام : هل يجزي الولد والده ؟ قال : ليس له جزاء إلّا في خصلتين : أن يكون الولد مملوكاً فيشتريه فيعتقه، أو يكون عليه دين فيقضيه عنه» .

وموثّقة أبي بصير (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمّته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت اخته- وذكر أهل هذه الآية من النساء - عتقوا جميعاً، وقال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً ولا يملك من النساء ذوي محرم».

و خبر أبي عيينة (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قلت له : غلام بيني وبينه رضاع ، يحلّ له بيعه ؟ قال: إنّما هو مملوك، إن شئت أمسكته وإن شئت بعته،

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤١ ح١٠٤ وفيه «وذكر هذه الاية»، الوسائل ج١٦ ص١٢ ب٧ ح٧ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤١ ح١٠٣ ، الوسائل ج١٦ ص١٣ ب٧ ح٨ .

(٣) امالى الصدوق مجلس ٧٠ ص٣٧٣ ح٩ طبع بيروت ، الوسائل ج١٦ ص١٣ ب٧ ح١٠ .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٣ ح١١٢ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح٢.

(٥) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٤ ، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح٣ .

ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران».

وأمّا ما يدلّ على معتوقات المرأة زيادة على ما تقدم هناك وهنا فصحيحة أبي حمزة [١] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كلّ أحد إلّا خمسة: أبوها وامّها وابنها وابنتها وزوجها».

ومعنى عدم ملكها لزوجها أنّها لا تملك مع بقاء الزوجيّة لأنّها إذا ملكته بطل العقد وحرمت عليه ما دام عبدها. والمراد بالملك المنفي عن المذكورين الملك المستقر، وإلّا فأصل الملك متحقّق في الجميع، وقد كشف عن ذلك أكثر أخبار هذا الباب لأنّ مادلّ منها على نفي الملك قرر في أثناء كلامه تعليل ذلك بعتقه، وكيف يثبت العتق بغير ملك؟ ولا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه كالارث واختياراً بعقد معاوضة كالشراء ولو بمال المضاربة إذا ظهر للعامل ربح وكذلك كغيرها من المعاملات كالهبة والوصيّة، وفرق بين عتق القريب والسراية، حيث لم تثبت السراية إلّا عند الاختيار، لأنّ العتق صلة وإكرام للقريب ولا يستدعي الاختيار، والسراية توجب التعميم والمؤاخذة، وإنّما يليق ذلك بحالة الاختيار.

ويفهم من هذه الأخبار وإناطة الحكم بالرجل والمرأة أنّ الصبيّ والصبيّة لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، يعضده أصالة البراءة وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلّف.

وفي إلحاق الخنثى هنا بالرجل والمرأة نظر: من الشكّ في الذكوريّة التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشكّ في عتقهم والتمسّك بأصالة بقاء الملك، ومن إمكانها فيعتقون ببنائه على التغليب، وكذا الاشكال لو كان مملوكاً، وإلحاقه بالانثى في الأول والذكر في الثاني لا يخلو من قوة، تمسّكاً بالأصل فيهما وقرابته الشبهة بحكم قرابة النكاح الصحيح، بخلاف قرابة الزنا على المشهور والأقوى، لأنّ الحكم الشرعي تابع للشرع لا للّغة.

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٢ ح١٠٦، الوسائل ج١٦ ص١٥ ب٩ ح١.

الثانية : لو ملك الرجل من جهة الرضاع وكذا المرأة، من ينعتق عليهما بالنسب؟ هل ينعتق عليهما؟ فيه روايتان، بل قولان ناشئان عن اختلاف الروايات، أشهرهما ماذهب إليه الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين إلّا ابن إدريس على الانعتاق كالنسب للروايات الآتي ذكرها ولما تقدم . وذهب المفيد وابن أبي عقيل وسلّار وابن إدريس إلى عدم الانعتاق .

والروايات الدالّة على المذهب الأول مستفيضة منها صحيحة عبدالله بن سنان[١] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتّى فطمته، هل يحلّ لها بيعه ؟ قال : لا ، حرم عليها ثمنه ، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟ أليس قد صار ابنها ؟ ».

وصحيحة الحلبي[٢] عنه عليه السلام «في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه».

وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «في حديث قال: وسألته عن المرأة ترضع عبدها أتتّخذه عبداً ؟ قال : تعتقه وهي كارهة ، أو قال : يعتقونه وهم له كارهون» .

ومثلها روايته[٤] كما في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام.

وصحيحة الحلبي وعبدالله بن سنان[٥] جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام «في امرأة أرضعت ابن جاريتها ، قال : تعتقه» .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٣، الوسائل ج١٦ ص١٤ ب٨ ح٣ وفيهما «تفطمه يحل لها بيعه فذهبت اكتبه، فقال أبو عبدالله عليه السلام: أوليس مثل هذا يكتب».

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤٣ ح١١١، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح٣ وفيهما «عن الحلبى وابن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام» .

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٤٠ ح٩٩، الوسائل ج١٦ ص١٤ ب٨ ح٢ .

(٤) الكافى ج٦ ص١٧٨ ح٦ ، الوسائل ج١٦ ص١٤ ب٨ ح٢ .

(٥) الكافى ج٦ ص١٧٨ ح٥ ، الوسائل ج١٦ ص١٣ ب٨ ح١ .

وقد تقدم في صحيحة أبي بصير وأبي العبّاس وعبيد بن زرارة[١] من التهذيب والفقيه «لا يملك امّه من الرضاعة ولا اخته ولا عمّته ولا خالته إذا ملكن عتقن، فقال: ما يحرم من النسب فإنّه يحرم من الرضاع» وفيها «قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجرى في الرضاع مثل ذلك».

وموثّقة أبي بصير[٢] مثلها، وقال فيها: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»

وخبر مسمع كردين[٣] «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: امرأة لها اخت من الرضاعة أتبيعها؟ قال: لا، قلت: فإنّها لا تجد ما تنفق عليها ولا ماتكسوها، قال: فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذاً» لا ينافي ماتقدم، لأنّ النهي محمول على الكراهة بدليل قوله «فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذاً».

واحتجّ الذاهبون إلى العدم برواية أبي جميلة عن أبي عيينة[٤] «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع، يحلّ له بيعه؟ قال: إنّما هو مملوك إن شئت بعته وإن شئت أمسكته».

ورواية إسحاق بن عمّار[٥] عن الكاظم عليه السلام «قال: سألته عن رجل كانت له خادمة فولدت جارية فأرضعت خادمته ابناً له وأرضعت امّ ولده ابنة خادمه فصار الرجل أبا ابنة الخادم من الرضاع، قال: نعم إن شاء باعها وانتفع بثمنها».

---

(١) الفقيه ج٣ص٦٦ح٣ وفيه «فاذا ملكهن عتقن ـ قلت: وكذلك يجرى فى الرضاع؟» التهذيب ج٨ ص٢٤٣ ح١١٠ وفيه «فانهن اذا ملكن»، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح١.

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٢، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح٢.

(٣) التهذيب ج٧ ص٨٣ ح٧٠، الوسائل ج١٣ ص٣٠ ب٤ ح٥.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٤، الوسائل ج١٣ ص٢٩ ب٤ ح٤ وفيهما «يحل لى بيعه».

(٥) التهذيب ج٨ ص٢٤٤ ح١١٧، الوسائل ج١٦ ص١٤ ب٨ ح٤ وفيهما اختلاف يسير.

ورواية عبدالله بن سنان [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا اشترى الرجل أباه وأخاه وملكه فهو حرّ إلّا ما كان من قبل الرضاع» .

ورواية الحلبي [2] عنه عليه السلام «في بيع الامّ من الرضاع ، قال : لابأس بذلك إذا احتاج» .

واجيب عن هذه بعدالطعن وجميعاً لضعف السند فلا تعارض الصحيحة ، لأن الاولى لاتدلّ على المطلوب لظهورها من أنّ المراد من الغلام الأخ .

وعن الثانية بما أجابه به الشيخ بأنّ الضمير في «باعها» عائـد إلى المرضعة الخادم دون ابنتها بقرينة قوله في آخرها «فيبيـع الخادم و قد أرضعت ابناً له ! ـمتعجّباً من ذلك ـ فقال : نعم، وما أحبّ له أن يبيعها» .

وعن الثالثة بأنّ الاستثناء عائد إلى الأخ دون الأب ، ومع ذلك فهي مشتملة على ما لايقولون به من مشاركة الأخ للأب في الانعتاق فلايمكن الاعتمادعليها ولاحاجة إلى ما تكلّفه بعض علمائنا من جعله « إلّا » فيها عاطفة بمعنى الـواو لمجيئها في كثير من المواضع بمعناها، فيكون المعنى: إذاملك الرجل أباه فهو حرّ وما كان من جهة الرضاع .

و عن الرابعة بأن يكون إنـّما جاز بيع الامّ من الرضاع لأب الغلام دون الولد .

وأوجه المحامل في هـذه الأخبار التقيـّة ، لأنّ المشهـور بينهم على أنـّها ضيعة عاجزة عن المعارضة لتلك الصحاح مع تكثّرها .

الثالثة : كما ينعتق جميعه بالملك ينعتق بعضه لاشتراكهما في المعنى المقتضي للحكم والدليل ثمّ إن ملك البعض بغير اختياره كالارث ـ فقدتقدم الخلاف في السراية على الباقي وإن ملكه باختياره بأن اشتراه أواتهبه ـ فهل يسري عليه؟ قولان:أحدهما

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٥ ح١١٨ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٤٥ ح١١٩ .

نعم، ذهب إليه شيخ المبسوط و جماعة لأنّ ملكه مع العلم بأنّه ينعتق عليه بمنزلة مباشرته للعتق لتساويهما في السببيّة،فيتناوله عموم «من أعتق شقصاً»لأنّ فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبّب .وتردد المحقّق فيذلك من حيث إنّه إنّما اختار الملك لاالعتق فلا يصدق عليه أنّه أعتق حقيقة . ويمنع أنّ اختيار السبب يمنع اختيار المسبّب مطلقاً أوفعله يقتضي فعله لأنّ المسبّب يترتّب على السبب على وجه الايجاب لاالاختيار. واحتمل ثاني الشهيدين في المسالك التفصيل، والفرق بين العالم بالحكم والسبب فيسري عليه والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري، إذلا يتّجه اختيار المسبّب بدون السبب بذلك .

الرابعة : ليس للمولى على الطفل والمجنون أن يشتريا لهما من ينعتق عليهما بالقرابة ، فإن فعل فالشراء باطل لأنّه إتلاف مال محض ، أمّا لو وهب أقربيهما أووصّى به إليهما نظر ،فإن كان الصبي معسر جاز له قبوله ، فإذا قبله عتق عليه لأنّه لاضرر فيه على الصبي ، هذا إن قلنا بانعتاقه عليه .

أمّا لولم ينعتق عليه في الحال كماحقّقناه فيما سبق من أنّ العتق بالقرابة يتوقّف على ملك البالغ ، ولابأس بالقبول وبالشراء . ثمّ إنّه يباع في الحال بل هو في تلك الحال على تقدير انعتاقه عاجلاً بحال ، و ربما كان له فيهما منفعة ، وقد يكتسب فينفق على الصبي ،ولااعتبار بأنّ الصبى قديؤسر فلاتجب النفقة عليه وإنّما يعتبر الحال .

وعلى هذا عند توجّه المصلحة هل يجب على الولي القبول ؟ وجهان : من ظهور المصلحة للمولّى عليه بتخليص قريبه من الرقّ مع انتفاء الضرر مع رجاء النفع في كثير من الحالات فكان أبلغ من حفظ ماله اليسر والتكسّب به على بعض الوجوه و هو اختيار شيخ المبسوط ، و من أصالة العدم، و ظاهر محقّق الشرايع والنافع لاقتصاره على مجرد الجواز، معأنّه لاينافي الوجوب فيمكن ردّ اختياره له وإن كان المولّى عليه مؤسراً ، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال

بأن يكون زمناً أو غير كسوب لم يجز للولي القبول لئلّا يتضرر الصبي بالانفاق عليه من ماله ، وإن كان ممّا لاتجب نفقته كمحارمه من النساء غير العمودين فعلى ما تقرر في المعسر .

ولقد أحسن الشيخ في المبسوط حيث قال : فإن كان صحيحاً ولايكون أبداً إلّا فقيراً فإنّه مملوك نظر ، فإن كان مكتسباً لم تجب نفقته على ولده فعلى وليّه أن يقبله ، أمّا إذا أوصى له بالبعض أووهب له ، فإن كان المولّى عليه معسراً قبله قبله الولي لما تقدم من عدم دخول الضرر عليه به بل فيه الجمال والمنفعة بلامؤونة ولاتقويم عليه ، وإن كان مؤسراً فإن لم تجب النفقة عليه ففيه حينئذٍ قولان :

(أحدهما) أنّه لايقبل لأنّه لوقيل العتق على الصبي وإذاعتق سرى ولزمه قيمة الشريك و فيه إضرار بالصبي .

(الثاني) يقبل ويعتق عليه ولايسري إذا تضرر الصبي ، ووجهه أيضاً بأنّ الاختيار له في حصول الملك .

وتنظّر ثاني الشهيدين في المسالك في الوجه الأخير بأنّ اختيار الولي كاختياره ، وكيف كان فالمختار ما اختاره المحقّق ، والأكثر من عدم السراية ، وهواختيار الشيخ في المبسوط ، وإن ذهب في الخلاف إلى السراية لعدم الدليل على ذلك .

الخامس: لو اشترى الزوج والولد أمة صفقة واحدة وهي حامل بنت قوّمت حصّة الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معاً لأنّها بنت للزوج واخت للابن وليس لأحدهما على الآخر شيء .

وكذا لووهبت لهما وقبلاها دفعة ، ولو قبلها الابن أولاً عتقت هي وحملها وغرم القيمة للزوج أو الواهب على إشكال ، ووجهه في هذه المسألة أنّ قبول الزوج تأخّراً لاينافي التواصل المشروط بين الايجاب والقبول كالنفس ، أو تمّ قبول الابن عند قبول الأب مع اتّصاله و عدم انقطاعه ، و الاشكال ناشٍ من أنّ سبب ملك

الزوج العقد المركّب من الايجاب والقبول، والمركّب متأخّر عن كلّ واحد من أجزائه، والمسبّب لا يتقدم على السبب، فقبل القبول لا يملك الزوج، وإذا هلكت غير الموهوب قبل القبول بطلت الهبة فتكون القيمة للواهب، وهذا هو الصحيح عند جماعة من محقّقي أصحابنا فخر المحقّقين والمحقّق الثاني في حواشي الارشاد وأول الشهيدين في شرح نكت الارشاد.

ويحتمل أن يكون للموهوب لأنّ القيمة قائمة مقام العين وقد تعلّق حقّ الزوج باستحقاق تملّكها فيتعلّق بالقيمة كذلك.

وهذا الاحتمال بعيد جداً بل ليس له وجه كما حقّقه فخر المحقّقين في إيضاح القواعد لأنّ مستحقّ القيمة إنّما هو المالك حقيقة لا من يملك إن يملك، ولا مع من ملكه مع السراية و وجوب القيمة بعدها ومبنى هذه المسألة على أنّ السراية بلفظ هو سبب العتق، فعلى كونها للواهب يكون على الابن نصف القيمتين للواهب وعلى كونها للموهوب يغرم للزوج نصف قيمة الام، ولو قبل الزوج أولاً عتق عليه الولد كلّه، ثمّ إذا قبل الابن عتق عليه الامّ كلّها، وإنّما كان كذلك لأنّه إذا قبل الزوج أولاً دخلت الزوجة وبنتها في ملكه وانعتقت البنت لمكان ملكه لها وملك الزوجة لأنّها لا تنعتق على الزوج وإن انفسخ النكاح، ثمّ إذا قبل الابن عتقت عليه الامّ كلّها ويتقاصّان على الأول ويردّ كلّ منهما الفضل على صاحبه نصفه بالملك والنصف الآخر بالسراية، ويضمن قيمة الولد للابن على الاحتمال، فإذا قبل الابن ملك نصف الامّ وانعتقت عليه بالملك والسراية فيضمن للزوج نصف قيمة الامّ فيتقاصّان ويردّ من فضل على صاحبه المفضّل.

هكذا قرر الحكم العلّامة في القواعد، و تنظّر فيه ابنه في شرحه عليها، لأنّ التقاصّ مبنيّ على أنّ قيمة السراية للموهوب له، فإذا كان الموهوب له ممّن ينعتق عليه المملوك ففي التقاصّ نظر، لأنّ العلّامة على تقدير أنّ تكون القيمة للموهوب له لم يوجب للزوج نصف قيمة البنت لأنّها تنعتق

عليه، وهو يقتضي أن لايكون للولد مطالبة بقيمة نصف اخته لأنّها تنعتق عليه أيضاً، فلا تقاص. فالحكم باستحقاق الابن الرجوع على الزوج بنصف قيمة البنت مع تقدم قبول الزوج وتقدم رجوع الزوج بنصف قيمة البنت على الابن لو تقدم قبول الابن والتقاص ممّا لا يجتمعان.

لكن العلّامة لم يصرح بعدم تقويم نصف البنت على الزوج أولاً، ولمّا كان الحقّ عند القيمة للواهب كما تقدم في المسألة الاولى فإذا تقدم قبول الزوج كان نصف الامّ له وبطل نكاحه ولم ينعتق عليه وله نصف البنت أيضاً وينعتق عليه ويسري ويغرم قيمة البنت للواهب، ومع قبول الابن يملك نصف الامّ وينعتق عليه ويسري إلى النصف الذي يملكه الزوج وعليه قيمته للزوج، وإن تقدم قبول الابن انعتقت عليه وضمن نصف القيمة للواهب.

وليست الوصيّة كالهبة في هذه المسائل و الفروع لأنّ القبول في الهبة جزء من السبب إجماعاً.

وأمّا من الوصيّة فخلاف مشهور، فقال بعضهم: قبول الموصى أنّه كاشف له عن قبول قوله بالموت، وردّه يكشف عن عدم ملكه وبطلانها لأنّ استحقاقه يتعلّق بالموت فأشبه الميراث، ولقوله تعالى «من بعد وصية يوصي بها أو دين»[1] وكذلك الأخبار الدالّة على أنّه يبدأ بالدين ثمّ الوصيّة ثمّ الميراث كما تقدم في كتاب الوصايا، وليس ثمّ غير مجرد الايصاء من غير اعتبار القبول، ولأنّه جعل الميراث بعد الايصاء، فقبل القبول إمّا أن لا يكون ملكاً لأحد وهو محال أو يكون ملكاً للميّت وهو محال لأنّه بالموت خرج عن صلاحيّة الملكية إذ الموت سبب تامّ لنقل الملك عنه، ولا الوارث لأنّ البعيد لا يكون قبلاً ولا غيرهم إجماعاً فتعيّن الموصى لهم فيكون القبول كاشفاً.

---

(١) سورة النساء ــ آية ١١.

وقيل: القبول سبب، وهو الأقوى لأنّه تمليك بعقد فيتوقّف على القبول كسائر العقود، لأنّ العقد مركّب وجزء السبب التامّ ناقص لا تامّ.

ويتفرع على القولين النماء المتجدد بين الايجاب والقبول، وعلى هذا فتكون الوصيّة كالهبة، ويتوجّه كلام العلاّمة وإطلاقه، إلاّ أنّه كما ترى موضع خلاف فلا تكون المسألة إجماعيّة كالهبة.

السادس: لو اشترى الوكيل بعض من ينعتق على موكّله جاهلاً بالنسب، فالكلام هنا في موضعين:

أحدهما: هل يقع هذا الشراء أم يتوقّف على إجازة المالك؟ فيه نظر ينشأ من إطلاق الموكّل الاذن في شراء مملوك، وهذا مملوك وقع عليه الشراء، ومن حيث إنّ الظاهر أنّ الموكّل إنّما أذن له في شراء مملوك يستقرّ ملكه عليه، وهذا ليس كذلك بل فيه إتلاف المال لأنّه وقع بإزاء ملك لا يستقرّ مع إيجاب نفقته عليه إن كان ممّا تجب نفقته، وحينئذٍ يصير الشراء فضوليّاً فيقع إمّا باطلاً أو موقوفاً على الاجازة على الخلاف المشهور، والمختار البطلان.

ويتفرع على ذلك العتق، فمتى صحّ الشراء انعتق، فصحّة الشراء والعتق هنا متلازمان، والأقوى أنّ صحّة الشراء موقوفة على تضمّن وكالته شراء النسب الذي ينعتق على الموكّل.

ثانيهما: على القول بعتقه هل يقوّم عليه الباقي أم لا؟ وفيه نظر، ووجهه أنّه ملك بعض قريبه بسبب اختياري لأنّه من وكيله وأفعاله منسوبة إلى اختيار موكّله وإلاّ لم يصحّ، ومن حيث إنّه لو فعله الوكيل عالماً لم ينفذ إلاّ مع إجازة الموكّل، فمع الجهل أولى لأنّه غير مقصود للوكيل، لأنّ المقصد مشروط بالعلم ولأنّ الشراء في العالم اختيار للعتق لأنّه اختيار للسبب بخلاف الجاهل، وعلى ما اخترنا وهو أنّه إن ضمنت الوكالة شراء القريب صحّ الشراء وانعتق وقوّم عليه أيضاً، وإلاّ فلا.

ولو اشتراه وهو جاهل بالسبب فانعتق فهل يقوّم عليه؟ فيه نظر، منشأه مبنيّ على مقدمتين: (أحدهما) اختيار السبب هل هو اختيار المسبّب؟ (وثانيهما) أن فاعل السبب هل هو فاعل المسبّب أم لا؟ وهذه مسألة كلاميّة اختلف المتكلمون فيها وتبعهم الفقهاء في الخلاف أيضاً، إلّا أنّ المشهور بين الفريقين أنّ فاعل السبب فاعل المسبّب سيّما في الأسباب الشرعيّة، فعلى الأول يقوّم عليه وعلى الثاني فلا.

وأمّا ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن قيس [1] عن الصادق عليه السلام ورواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام من الصحيح وغيره كما مرّ في كتاب المضاربة وفيهما «رجل دفع إليه رجل آخر ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال: يقوّم، فإن كان درهم واحد أعتق ويستسعى في مال الرجال» فإنّ الضمير في «أباه» الظاهر رجوعه إلى العامل والضمير في «يستسعى» للعبد المعتق.

لكن في دلالة هذه الرواية على أحد المذهبين نظر لجواز كون العامل معسراً فلا يقوّم عليه، والأقوى الانعتاق عليه مع اليسار ويقوّم عليه الباقي لاختياره السبب، ويستسعى العبد مع إعساره مثل ما لو أعتقه ابتداءً.

المقصد السادس

في أحكام العتق بالعوارض وبقيّة الأسباب

وهو يشتمل على مسائل:

الاولى: في عوارض آفات البدن وهو العمى والجذام والاقعاد، وانعتاق العبد والأمة بهذه الأسباب مشهور بين الأصحاب حتّى كاد يكون إجماعيّاً والروايات به عن أهل البيت مستفيضة.

أمّا العمى والجذام فيدلّ عليها من الأخبار خبر حمّاد بن عثمان [2] عن

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٤٢ ح١٠٧ وفيه «محمد بن ميسر»، الوسائل ج١٣ ص١٨٨ ب٨ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج٦ ص ١٨٩ ح٤، الفقيه ج٣ ص ٨٤ ح٤، الوسائل ج١٦ ص ٣١ ب٢٣ ح١. وما في المصادر «فقد عتق».

أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال: إذا عمي المملوك عتق» . ورواه الصدوق مرسلاً .

وخبر السكوني (١) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه والعبد إذا جذم فلا رقّ عليه» هكذا في الكافي ، ورواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن السكوني مثله إلّا أنّه قال «إذا عمي العبد» .

وخبر أبي البختري (٢) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز في العتاق إلّا الأعمى والمقعد ويجوز الأشلّ والأعرج» .

وخبر أبي البختري (٣) أيضاً كما في الفقيه وقرب الأسناد مثله إلّا أنّه قال «لا يجوز في العتاق إلّا الأعمى والأعور» . ورواه الصدوق في المقنع مرسلاً .

وخبر إسماعيل الجعفي (٤) عن أبي جعفر عليه السلام «قال : اذا عمي المملوك عتقه صاحبه ولم يكن له أن يمسكه» .

وصحيحة حمّاد بن عثمان (٥) كما في محاسن البرقي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : إذا عمي الغلام عتق» .

وقد ألحق ابن حمزة بالجذام البرص ، وقال ثاني الشهيدين في مسالكه بعد نقله لذلك عنه : ونحن في عويص من إثبات حكم الجذام لضعف المستند إن لم يكن إجماع ، فكيف يلحق به البرص؟ وكأنّه أشار بهذا الكلام إلى رواية السكوني

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٩ ح٢، الفقيه ج٣ ص٨٤ ح٣ وفيه «أجذم»، الوسائل ج١٦ ص٣٢ ب٢٣ ح٢ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٦ ح١١ ، التهذيب ج٨ ص٢٣٠ ح٦٥ ، الوسائل ج١٦ ص٣٢ ب٢٣ ح٤ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٨٥ ح١٥ ، قرب الاسناد ص٧٤ ، المقنع ص١٦٢ ، الوسائل ج١٦ ص٣٢ ب٢٣ ح٥ .

(٤) الكافي ج٦ ص١٨٩ ح٣، الوسائل ج١٦ ص٣٢ ب٢٣ ح٦ وفيهما «أعتقه».

(٥) المحاسن ص٦٢٥ باب اتخاذ العبيد والاماء ، الوسائل ج١٦ ص٣٣ ب٢٣ ح٧ .

حيث لم تضمن شيء من الأخبار المذكورة للمجذام سواهما، إلّا أنّ الاجماع قد نقله غير واحد.

وأمّا الاقعاد فقد اعترف غير واحد من المتأخّرين بأنّه لم نقف له على مستند وأمّا المحقّق في النافع فنسبه إلى الأصحاب مؤذناً بعدم وقوفه على دليله، ولكن لم يظهر فيه مخالف، حتّى ابن إدريس وافق عليه لشبيهة أنّه إجماع، وهو من هؤلاء عجيب جداً.

وقد جاء في الروايات ما يدلّ على ذلك مثل خبر أبي البختري المتقدم بطرق عديدة كما سمعت وفيها «لا يجوز في العتاق إلّا الأعمى والمقعد ويجوز الأشل والأعرج».

وموثّقة غياث بن إبراهيم[1] كما في التهذيب عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام «قال: لا يجزي الأعمى في الرقبة ويجزي عمّا كان فيه مثل الأشلّ والأقطع والأعرج ؛ ولا يجوز المقعد».

وخبر السكوني[2] كما في التهذيب عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «قال: العبد الأعمى والمجذوم والمعتوق والمقعد لا يجوز في الكفّارات لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعتقهم».

وهذه الأخبار كافية في ثبوت هذا الحكم بعد قيام الاجماع عليه وبدونه.

وأمّا ما قاله ثاني الشهيدين في المسالك بعد نسبته إلى الأصحاب العتق لهؤلاء بهذه الأسباب، وفي الحقيقة الحكمة في انعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحة لأنّ عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرقّ لتجب نفقته على المولى

---

(١) التهذيب ج٨ ص٣١٩ ح٢، الوسائل ج١٥ ص٥٧٨ ب٢٧ ح٢ وفيهما «ما كان منه مثل الاقطع والاشل والاعرج والاعور».

(٢) التهذيب ج٨ ص٣٢٣ ح٢٠، الوسائل ج١٥ ص٥٧٨ ب٢٧ ح٣ وفيهما «الاجذم والمعتوه لا يجوز».

فيقتصر منه على محلّ الوفاق أو النصّ الصالح لاثبات الحكم .

وفيه نظر ، لأنّ فكّه من حبل العبوديّة وقيودها ليس إلّا لمكان راحته مع اتّصافه بصفات أهل الايمان وأهل البلاء والبلوى ، مع أنّ العجز من الأسباب المرجّحة للعتق وسيّما إذا جعل له ما يقوم بأكله ومؤونته .

الثانية : في بيان عتق من مثّل به مولاه كما هو المشهور بين الأصحاب، وعليه قد دلّت جملة من الروايات ، وتردد فيه المحقّق في الشرايع وجعل العتق بالتنكيل رواية ، وخالف ابن إدريس ونسب الحكم إلى رواية الشيخ ، ولا وجه في إخراجه عن العوارض السابقة لأنّ مستند غير العمى أضعف منه وفتوى الأصحاب مشتركة ، ومستنده من الأخبار :

خبر جعفر بن محبوب [١] عمّن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب «قال : كلّ عبد مثّل به فهو حرّ» .

وموثّقة أبي بصير [٢] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل مملوكه أنّه حرّ لاسبيل له عليه سائبة يذهب فيوالي إلى من أحبّ فإذا ضمن حدثه فهو يرثه» .

وصحيحة هشام بن سالم [٣] كما في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام مثله .

وموثّقته [٤] كما في الكافي مثله.

ورواه في المقنع [٥] مرسلاً .

---

(١) الكافي ج٦ ص ١٨٩ ح١ ، التهذيب ج٨ ص ٢٢٣ ح٣٤ ، الوسائل ج ١٦ ص٣٠ ب٢٢ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص ٢٢٣ ح٣٥ ، الوسائل ج١٦ ص ٣١ ب٢٢ ح٢ وفيهما «فيتولى الى من».

(٣) الفقيه ج٣ ص٨٥ ح٥ .

(٤) الكافي ج٧ ص١٧٢ ح٩ .

(٥) المقنع ص١٦٠ .

ومرسلة الفقيه[1] «قال : روي في امرأة قطعت ثدي وليدتها أنّها حرة لا سبيل لمولاتها عليه» .

والرواية الاولى من هذه الروايات قدقدح في طريقها شهيدالمسالك بجهالة الراوي مع الارسال . وفي الثانية بأنّ في طريقها عبدالحميد ، وهومشترك بين الثقة والضعيف ، بل الظاهر أنّه خارج عن القسمين لأنّ طبقته أعلى من طبقته فيكون مجهولاً ، وعلى التقديرين يضعف الطريق ، وأبو بصير ـ قدعرفت مراراً ـ أنّه مشترك فتكون ضعيفة ، ومع هذا فقد وصفها في المختلف بالصحّة ، و ليس كذلك .

وفيه نظر ، لأنّ طريقها في الفقيه من الصحيح لخلوها عن عبد الحميدوأبي بصير لأنّ راويها هشام بن سالم وإن كان رواهاتارةً عن نفسه وتارةً عن أبي بصير إلّا أنّ الظاهر أنّالمراد بأبي بصير ليث المرادي بتصريح جماعة بأنّ هشام بن سالم من قرائبه ، فيكون ماذكره في المختلف هو الأوضح . ولعلّ وجه ترددالمحقّق في هذا الحكم هو ما ظهر له في بادي الرأي من ضعف المستند ومن اشتهاره بين الأصحاب ، وقربه إلى التردد مخالفة ابن إدريس ، وإلّا فقد عرفت أنّ الحكم ما تقدم سيّما الجذام أولى بذلك .

و إذا تقرر ذلك فالتنكيل لغةً فعل الأمر الفضيع بالغير ، يقال : نكل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وغيره لغيره ، مثل أنّ يقطع لسانه أوأنفه أو اذنيه أوشفتيه أو نحو ذلك ، وليس في كلام الأصحاب ما يدلّ على المراد بل اقتصرواعلى تعليق الحكم على مجرد الاسم لاطلاق النصوص .

وفي بعض روايات العامّة مايدلّ على أن الجدع تنكيل حيث رووا[2] «أنّ زنباعاً أباروح وجد غلاماً مع جارية له فجدع أنفه وجبّه ، فأتى النبي صلّى الله عليه وآله

(١) الفقيه ج٣ ص٨٥ ح٦ ، الوسائل ج١٦ص٣١ب٢٢ح٣ .
(٢) مسند أحمد بن حنبل ج٢ص١٨٢ طبع بيروت .

فقال : من فعل هذا بك ؟ قال : زنباع ، فدعا النبي صلى الله عليه وآله فقال : ما حملك على هذا؟ فقال : كان الأمر كذا و كذا ، فقال : النبي صلى الله عليه وآله اذهب فأنت حر» .

وفي رواية اخرى [1] من طريقهم «قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله صارخاً فقال له : مالك ؟ قال : سيّدي وافاني اقبّل جارية له فجبّ مذا كيري ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله : اذهب فأنت حر» .

ثمّ قال ثاني الشهيدين: وليس ببعيد. ويترتّب على هذا أنّ المماليك الخصيان ينعتقون على مواليهم إذا فعلوا بهم ذلك فلا يصحّ شراءهم لمن علم ذلك، وعلى اشتباه كون الفعل من مولاه مبنيّ على بقاء أصالة الملك .

وعلى هذا حمل صحيحة رفاعة [2] التي مرّ ذكرها في مقدم كتاب العتق وفي البيوع ، وإن كان ظاهرها أنّ ذلك فعل مواليهم بهم لأنّ صورتها هكذا: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنّ الروم يغيرون على الصقالبة فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثمّ يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجّار، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنّهم قد سرقوا وإنّما أظهروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال : لا بأس بشرائهم، إنّما أخرجوهم من الشرك إلى دار الاسلام» يحمل ماوقع في السؤال من قوله «فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم» من أنّ ذلك لم يقع من مواليهم على سبيل اليقين وإنّما هو على سبيل الظنّ والتخمين، ولو تحقّق ذلك أوجب له الانعتاق وأدخله في التنكيل لعموم الدليل .

والجمع بين صحيحة رفاعة وبين مارواه في الجعفريّات [3] بالاسناد المشهور عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن جده عليهم السلام «قال: رفع إلى علي بن أبي طالب عليه السلام رجل

(١) سنن ابن ماجة ج٢ ص٨٩٤ ب٢٩ ح٢٦٨٠ كتاب الديات طبع بيروت .

(٢) الكافي ج٥ ص ٢١٠ ح٩ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٧ ب٢ ح١ وفيهما « وانما أغاروا عليهم » .

(٣) الجعفريات ص١٢٣ .

أخصى عبده فأعتق علي عليه السلام العبد وعاقبه، وقال: من مثّل بعبده أعتقنا العبد مع تعزير شديد نعزر السيّد». وفي الجعفريات[١] بإسنادها المشهور أيضاً في غير الخصي من التنكيل عن علي بن الحسين عليه السلام «أنّه قضى في رجل جدع أنف عبده فأعتقه علي عليه السلام وعزره» . و فيه[٢] أيضاً عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن جده عليهم السلام «قال : قضى علي عليه السلام في رجل جدع أنف عبده فأعتقه علي عليه السلام وعاقبه» .

وبهذا اتّضح لك قوة هذا الدليل وتكثّر الروايات به، وفيها الصحيح وغيره. نعم يجب عند الشكّ في بعض العقوبات وإطلاق التنكيل عليها كقلع العين الواحدة والاذن الواحدة ونحو ذلك الرجوع فيه وفي كلّ موضع من مواضع الاشتباه إلى حكم الأصل وهو استصحاب حكم الرقّ إلى أن يثبت المزيل ، لكن الظاهر من خبر الجعفريّات الأخيرة ومن مرسلة الفقيه حصول التنكيل بقطع إذن واحدة وثدي واحد بإطلاق الخبرين المذكورين وإن احتملا إرادة الجنس .

الثالثة : في إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه ، فإنّ المروي أنّه من أسباب العتق .

واشترط الشيخ خروجه إلينا قبله أيضاً لما رواه في التهذيب والفقيه من قوله عليه السلام «أيّما عبد خرج قبل مولاه فهو حر» .

وظاهر المحقّق عدم اشتراط خروجه قبله، وبه صرح ابن إدريس لحصول الاسلام المانع من ملك الكافر له ، وهو ممنوع لأنّ الاسلام إنّما يمنع من دوام الملك وبقائه لا مطلقاً ، والمحقّق في الجهاد اشترط خروجه قبله، ولعلّه أجمل الحكم في كتاب العتق اتّكالاً على ما سبق .

وأمّا الرواية المشار إليها في التهذيب فقد رواها الشيخ عن السكوني[٣] عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «أنّ النبي صلى الله عليه وآله حيث حاصر أهل الطائف قال :

---

(١) و (٢) الجعفريات ص١٢٣ .

(٣) التهذيب ج٦ ص١٥٢ ح١ .

أيّما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر، وأيّما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد».

فيكون ما اشترطه المشهور تبعاً للشيخ من خروجه قبل مولاه معتبر والاطلاق لا مستند له، وضعف الرواية هنا في الاصطلاح الجديد غير مضرّ على مختار القدماء لأنّ المدار في الصحّة على القرائن لا على تعديل الرواة وجرحها .

الرابعة : قد بقي من الأسباب الموجبة للعتق انحصار الارث فيه . ومقتضى إلحاقهم السببيّة على ذلك أنّه ينعتق بمجرد اشترائه ، وليس كذلك لما سيأتي في الأخبار الواردة به . و كذلك الفتوى في كتاب الميراث التصريح بعتقه بعد الشراء فتكون السببيّة المنتسبة إلى الارث و إلى الشراء بسببيّة بعيدة و مقولة على ذلك بالتجوز، وسيأتي تفاصيل أحكامها وتفاصيلها في أحكام الميراث إن شاء الله تعالى ، ولابأس بذكر بعض الأخبار الواردة في ذلك لينكشف بها وجه السببيّة ، وليكن هذا الكتاب مشتمل على ذكر جميع الأسباب .

فمنها صحيحة سليمان بن خالد [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «سمعته يقول في الرجل الحرّ يموت وله ام مملوكة، قال: تشترى من مال ابنها ثم تعتق ثم يورثها».

وصحيحة عبدالله بن سنان [2] «قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في رجل توفّي وترك مالاً وله امّ مملوكة، قال: تشترى امّه وتعتق ثم يدفع إليها بقيّة المال».

وصحيحة جميل [3] «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يموت وله ابن مملوك، قال : يشترى ويعتق ثم يدفع إليه ما بقي» .

والأخبار بهذا المعنى كثيرة جداً ، وأمّا تفاصيل شرائط هذا العتق وبيان محالّ مواضعه المنصوصة و المختلف فيها و المتّفق عليها فموكولة بياناتها إلى كتاب الميراث .

(١) التهذيب ج٩ ص٣٣٤ ح٤، الوسائل ج١٧ ص٤٠٦ ب٢٠ ح٧ وفيهما «قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول» .

(٢)و(٣) الكافي ج٧ ص١٤٧ ح٢ و٤ ، الوسائل ج١٧ ص٤٠٤ ب٢٠ ح٢ و٤ .

المقصد السابع

في بيان العتق بالتدبير

وهو مشتقّ من الدبر، و المراد به تعليق العتق بدبر الحياة، سمّي تدبيراً لأنّه دبّر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا راجع إلى الدبر أيضاً لأنّ التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر لأنّه نظر في عواقب الأمر وإدباره، ولا خلاف بين علماء الاسلام في صحّة عتق المملوك معلّقاً على وفاة مولاه.

واقتصر المحقّق وجماعة على تعريفه بما ذكرناه إيثاراً لتعريف الفرد المتّفق عليه لا الحصر، وإن كانت الصيغة تقتضيه من جهة أنّ المبتدأ منحصر في الخبر، والحصر إضافيّ لا مطلقاً.

وقد اختلف الأصحاب ـ رضوان الله عليهم ـ في صحّته معلّقاً على وفاة غير المولى في الجملة، فذهب جماعة منهم المحقّق والعلاّمة وقبلهما الشيخ وأتباعه إلى الصحّة، وذهب ابن إدريس إلى المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً، وربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمي، ومنهم من علّقه على موضع النصّ وهو من شرطت الخدمة له.

والذي وقفنا عليه من الأخبار الدالّة على جواز تعليقه على وفاة غير المولى صحيحة يعقوب بن شعيب [1] «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة، فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد اعتقت».

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٦٤ ح٢٨، الوسائل ج١٦ ص٩٦ ب١١ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

وخبر محمّد بن حكيم [1] كما في التهذيب «قال : سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل زوّج أمته من رجل آخر وقال لها : إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج، فقال : إذا مات الزوج فهي حرة تعتق ، فعدتها عدة المتوفّى عنها زوجها ، ولا ميراث لها منه لأنّها صارت حرة بعد موت الزوج» .

فالأحوط إذاً القول بقصد التدبير على هـذه الثلاثة الأصناف وهو المولى والمشروط له الخدمة والزوج ، ويختصّ الأخيرين بالأمة ، ولا يمكن أن يحتجّ بهذين الخبرين على التعميم كما وقع للشيخ وأتباعه بناءً على أصل الجواز ولقبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز ، ولا تفاوت بين الأشخاص ، و قد جاء معلّقاً بوفاة المولى مطلقاً، فيجوز بوفاة غيره لمرجع هذا الاستدلال إلى القياس، ولأنّ الرواية الصحيحة المذكورة التي هي الركن الأعظم في الاستدلال إنّما دلّت على جواز تعليقه بوفاة المخدوم، فتعديته إلى غيره [و] غير الزوج من القياس أيضاً، وهم لا يقولون به لعدم توجّه قياس الأولويّة ، بل مورد هذا النصّ الصريح كما ترى الأمة ، وكذلك خبر محمّد بن حكيم إلّا أنّ ثاني الشهيدين قال : وخصوصيّة الذكوريّة والانوثيّة قد يدعى أنّها ملغاة .

وأمّا الأصل فمدفوع بأنّ التدبير إن كان عتقاً معلّقاً فهم لا يقولون بجوازه مطلقاً بل هو مقصور على محلّ النصّ والوفاق، وإن كان وصيّة ـ كما هو القول المشهور ـ فلا يجوز تعليقها بوفاة غير المولى إجماعاً .

وبهذا يحصل الفرق بين وفاة المولى وبين غيره بجواز التعليق وعدمه، فلا يجوز من جوازه معلّقاً على بعض الوجوه لمكان الدليل جوازه مطلقاً .

وبالغ ابن إدريس في المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً تمسّكاً بموضع الوفاق ورداً للخبر وإن صحّ طريقه لأنّه عنده من أخبار الآحاد ، وادعى أنّ

(١) التهذيب ج٧ ص٣٤٢ ح٣٨ ، الوسائل ج١٦ ص٩٧ ب١١ ح٢ وفيهما «من رجل حر» مع اختلاف يسير .

التدبير شرعاً تعليق عتق وفاة المولى فلايتعدى إلى غيره، وبأنّه لو صحّ معلّقاً على وفاة غيره للزم بطلانه بالاباق كما يبطل المعلّق بموت السيّد .

وردّ دليله الأول بأنّه مصادرة ومقابلة للنصّ بالاجتهاد، وردّ الثاني بمنع الملازمة . والفرق في ذلك مقابلة نعمة السيّد بالكفر فقر بل بنقيض ذلك كقاتل العمد في حرمانه الارث بخلاف الاجنبي ، وقد أسند المحقّق في شرايعه جواز تعليقه على موت الزوج إلى الدليل كمن جعلت له الخدمة .

وقال منازعه ثاني الشهيدين في مسالكه : ومقتضى هذا الكلام وجود النقل على صحّة ذلك .

ثمّ قال : و ليس كذلك و إنّما الموجود من النقل ما حكيناه من الرواية مشيراً بها إلى صحيحة يعقوب بن شعيب وهي مختصّة بتعليقه على وفاة المخدوم فإنّ تعديته إلى غيره غير مسندة إلى النقل، فإن روعيت الملابسة فهي لاتخرج عن ربقة القياس ، فلا وجه لاختصاصه بهذين لأنّ وجوه الملابسة لا تختص ، فيجيء على هـذا جواز تعليقه بالوفاة مطلق الملابسة بل مطلق الناس لفقد ما يدلّ على غير المخدوم ، وهو قول في المسألة .

وقدسمعت ممّا سبق أنّه ربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمي لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغةً ، وهي تعليق العتق على الوفاة ، فأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لغير المروي ، وهو الأنسب، لكن تبقى فيه بأنّ النصوص واردة في الأمة فتعديتها في العبد لايخلو من نظر . وممّا اشتهر من خصوصيّة الذكوريّة والانوثيّة ملغاة وأنّ الطريق متّحد لايقطع الشبهة وإن كان متّجهاً ، إلى هنا كلامه .

وفيه نظر لما سمعت من صراحة خبر محمّد بن حكيم الذي طريقه إليه من الصحيح ، وهو من مرويّات التهذيب ، وهو مشتمل على تعليق التدبير على موت الزوج ، فكيف هذا الانكار على المحقّق مع أنّهم بمرأى ومسمع منه ؟ لكنّهم ـ قدس الله أرواحهم ـ لايتدبّرون في أخبار كتب الأربعة ولا لما فيها مودعة ،فضلاً

من غيرها ممّا هي متشعّبة متّسعة .

و أعجب منه سبطه في شرح النافع حيث تبعه في إنكار هـذا النص ، وما ذكره المحقّق عنده في الشرايع غير ناجع حتّى قال: والحق للعـلاّمة في بعض كتبه بتعليقه بوفاة المخدوم تعليقه بوفاة زوج المملوكة . فواعجباه كيف ننسب الالحاق للعلاّمة مع أنّ القائل بذلك الشيخ ومن تبعه في عدة مواضـع ، ونصّ على ذلك محقـق الشرايع ، بل يظهر من المسالك أنّه مذهب الأكثر هنالك .

وأعجب من هذا قوله بعد أن حكى عن العلاّمة ذلك الالحاق وقال: وربما ظهر من العلاّمة في المختلف جواز تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً ، وهما ضعيفان لأنّ المنقول من الشارع جواز تعليقه بوفاة المولى ووفاة المخدوم ، فيجـب قصر الحكم على ذلك ، ولكنّهم- قدس الله أسرارهم ـ يقلّد المتأخّر منهم المتقدم من غير تتبّـع ولا تفهّـم ، فالحقّ ماقلناه من قصر جواز التعليق على المنصوص ، ولم نقف على هذين الموضعين بعد وفاة المولى بالخصوص .

إذا تمهّد هذا فنقول : إنّ الاتيان على مسائل التدبير و أحكامه يتوقّف على امور :

الاول : الكلام على لفظه الصريح وصيغته التي وردت من الشارع واشتهرت بين فقهائنا ، وقد جاءت بعبارات أصرحها «أنت حرّ بعد وفاتي» ولا ريب في وقوع التدبير بها لدلالتها على المطلوب صريحاً وفي معناها «أنت عتيق أو معتق بعد وفاتي» و كذا يقع بقوله : أعتقك بعد وفاتي أو حررتك قاصداً به الانشاء .

ويظهر من المحقّق في شرايعه و نافعه قصد الصراحة والامضاء عند الجميع على الاولى خاصّة ، أعني قوله : أنت حرّ بعد وفاتي .

وعلى كلّ تقدير فهذه الصيغه تارةً يقع بها مطلقاً وتارةً يقع بها مقيّدة مثل أن يقول : إذا متّ فعبدي حرّ أو أنت حرّ بعد وفاتي . وفي المقيّد إذا قلت: إذا متّ في سفري هذا أو في مرضي هذا أو في سنتي هذه أو في يومي أو في هذا

البلد إلى غير ذلك من القيود الزمانيّة والمكانيّة ، أو تقدير مصدر ذلك الفعل المعلّق عليه مثل : إنْ مت حتف أنفي .

وكذلك يصحّ تقييده بقيود متعددة ك : إن متّ في سنة كذا في مكّة حتف أنفي ونحو ذلك فيعتبر في عتقه اجتماع الشروط كلّها .

وألحق الشيخ في المبسوط التدبير المقيّد بالمعلّق على شرط في البطلان نظراً إلى اشتراطهما في التعليق .

وقد اختلف الأصحاب ــ رضوان الله عليهم ــ في بعض الصيغ مثل قولهم : أنت مدبّر أو دبّرتك ، في أنّه هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده؟ أو كناية فيقع مع القصد؟ أو لا يقع به مطلقاً ؟ على أقوال:

جزم المحقّق في الشرايع بالأخير منها وقول شيخ الخلاف لخلوه عن لفظ العتق والحريّة ، ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلّا مع التعرض للحريّة، ولأنّه إمّا عتق بصفة أو وصيّة به وكلاهما يفتقر إلى ذكر العتق ، أمّا الأول فظاهر وأمّا الثاني فلأنّ الوصيّة لا بدّ لها من التصريح بمتعلّقها .

والثاني : أنّه يقع بذلك لصراحته فيه بظهور التدبير في هذا المعنى وشهرته فيه شرعاً ، بل هو متبادر منه فيه عند كلّ أحد، كما أنّ البيع وغيره ظاهر في معناه حتّى أنّ التدبير كان معروفاً في الجاهليّة ، وقد أقره الشارع ولم ينقله من هذا المعنى حتّى يكون كناية ، وهذا القول مختار شيخ المبسوط والعلّامة في جملة من كتبه .

والثالث : أنّه كناية يصحّ مع البيّنة لا بدونها ، والمراد بالبينّه هنا هو نصب القرينة الكاشفة عن إرادة اللافظ به في الاستعمال العتق بعد الوفاة فلا يحكم به ابتداءً ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج ، لأنّ فيه جمعاً بين الدليلين ولأصالة بقاء الرقّيّة إلى أن يثبت المزيل .

ويردّ أنّه لا يقع بالكنايات عندنا كنظائره ، والأدلّة المتعارضة لا تجتمع

بذلك والأصالة عند مجوّزه انقطعت بالصيغة المخرجة عنه.

وأوسط الأقوال أوسطها لدلالة جملة من الأخبار على استعمال لفظ التدبير فيه من غير نصب قرينة كما لا يخفى على المتتبّع لما دبّره عليهم في حياتهم وبعد مماتهم، بل لم يأت في الأخبار سوى لفظ التدبير.

ففي صحيحة محمّد بن مسلم (١) «قال: سألت أباجعفر عليه السلام كما في الكافي والتهذيب ـ عن رجل دبّر مملوكاً له ثمّ احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه» وساق الحديث إلى أن قال: «فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه».

وحسنة الوشّاء (٢) وروايته كما في الفقيه و الكافي «قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يدبّر المملوك وهو حسن الحال ثمّ يحتاج، أيجوز أن يبيعه؟ قال: نعم».

وفي صحيحة الحلبي (٣) وصحيحة محمّد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام والاولى عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يعتق غلامه أو جاريته في دبر منه ثمّ يحتاج إلى ثمنه، أيبيعه؟ قال: لا».

وصحيحة أبي مريم (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ قال: أيّ ذلك شاء فعل».

والأخبار بهذا المعنى مستفيضة في جميع أحكام التدبير كما سيأتي ذكرها مفصّلة.

---

(١) الكافي ج ٦ ص١٨٥ ح٩، التهذيب ج٨ ص ٢٥٩ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٩٨ ب ١٣ ح١.

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٣ ح١ وفيه «هل يجوز له»، الفقيه ج٣ ص٧١ ذيل ح٥، الوسائل ج١٦ ص٨٥ ب١ ح٣ وما في المصادر «قال: نعم اذا احتاج الى ذلك».

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٣.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٢ وفيه «وجاريته عن دبر»، الوسائل ج١٦ص ٨٥ ب١ح٦ و فيهما «فقال: لا الا أن يشترط على الذى يبيعه اياه أن يعتقه عند موته».

(٥) التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٤ وفيه «فقال: نعم»، الوسائل ج١٦ ص٨٧ب٣ح١.

نعم قد جاء في صحيحة يعقوب بن شعيب المجوّزة تعليق التدبير على من له الخدمة ، و كذلك خبر محمّد بن حكيم المجوّزة تعليقه على موت الزوج التصريح بلفظ الحريّة لقوله في الاولى ما سمعت « هي لفلان تخدمه ماعاش، فإذا مات فهي حرة » وفي الثانية « إذا مات الزوج فهي حرة » وتقدم في أخبار الوصايا الاستعمال كلّ من الصيغتين، فلا إشكال إذاً في مساواتها هذه الصيغة المعبّر فيها بلفظ التدبير للصيغ المعبّر فيها بلفظ الحريّة ولفظ العتق فيهما في الصراحة سواء ، وليست من الكناية في شيء ، فلا تحتاج إلى قصد المتكلّم بها إلى لفظ مدلولها بل يحكم عليه بالقصد بمجرد سماع الصيغة منه و إن كان القصد في الواقع معتبراً .

ولو كان المملوك لشريكين فقالا: إن متنا فأنت حرّ انصرف قول كلّ واحد منهما إلى نصيبه وتعلّق عتقه على موته خاصّة، وهذا عند قصد تدبير كلّ منهما نصيبه وتعليق عتقه على موته خاصّة .

أمّا لو علّق كلّ واحد من النصيبين على موتهما معاً أو أطلق اللفظ كذلك حينئذٍ ولم يقصدا واحداً معيّناً من الأمرين فموضع إشكال ، للابهام الواقع فيه ولافضائه إلى وقوع التدبير في التعليق على موت غير المولى باعتبار نصيب الآخر، ثمّ إنّه على تقدير الوقوع إن ماتا معاً انعتق النصيبان دفعةً ، وإن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميّت بشرطه و هو إذا وسع ثلثه ذلك التدبير وبقي نصيب الآخر موقوفاً على موته، والكسب المتخلّل بين المدبّر والمالك الحيّ بنسبة الملك.

وإن قصد تعليق عتقه على موتهما معاً كما هي الصورة الثانية المختلف فيها بحيث لا يعتق منه شيء مع موت أحدهما بني الحكم بالصحّة على أحد أمرين : إمّا جواز تعليق التدبير على وفاة غير المولى مع الملابسة أومطلقاً ، أو جواز تعليق العتق على الشرط كما هو مختار القاضي وابن الجنيد في مطلق العتق .

فإن أجزنا ذلك صحّ أيضاً وكان التدبير على الأول معلّقاً بموتهما معاً ، فإن ماتا دفعةً انعتق بجميعه لحصوله شرطه ، و إن ماتا على الترتيب بقي على الرق

جميعه إلى أن يموت الآخر و هو بين الموتتين لورثة الميّت والحي ، وإن لم يجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقاً بشرط وحكمه كالسابق إلاّ أنّه ليس تدبيراً بل عتق معلّق على شرط لايتمّ إلاّ بموتهما ، وللورثة بين الموتتين التصرف فيه بمالايزيل الملك كالاستخدام والاجارة، وليس لهم بيعه لأنّه صار مستحقّ العتق بموت الشريك.

وفي جوازه ـ لو جعلناه تدبيراً ـ نظر من جواز الرجوع في التدبير ، وهذا من جزئيّاته، وفي الارشاد جزم بعدم جوازه على هذا التقدير نظراً إلى ذلك.

وإن لم نجوّز التدبير مطلقاً على موت الغير مطلقاً أو الملابس إمّا بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقاً أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم ـ كما هو المختار ودلّت عليه الأخبار ـ كان لفظهما لاغياً .

وإن اطلق اللفظ و لم يعنيا ما قصدا من تلك العبارة ففي حمله على أيّهما قولان :

(أحدهما) للشيخ في المبسوط والمحقّق في الشرايع، وهو الحمل على الأول لأنّ اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كلّ منهما على موت نفسه فيحمل على الصحيح صوناً لكلامه عن الهذر وترجيحاً لجانب الصحّة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه .

(والثاني) حمله على الثاني بظهور معناه فيه لغةً لأنّ اللفظ إنشاءٌ، ولا يتحقّق بالنسبة إلى موت الاخر إلاّ بتعليقه عليه بخلاف الحمل على السابق فإنّه إنشاء بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاة نفسه ، وإخبار بالنسبة إلى الحكم بعتقه أجمع على تقدير تعليقه على وفاتهما معاً ، وهذا هو الأظهر .

ثمّ على تقدير حمله عليه يترتّب عليه ما يلزم الأصل الصحّة والبطلان ، فعلى المشهور يتوجّه البطلان ، وعلى قول القاضي وابن الجنيد يصح .

واضطرب كلام العلاّمة في كتبه ، ففي الارشاد والتحرير حكم بالبطلان ، واضطرب كلامه في القواعد ، ففي صدر المسألة حكم بالصحّة والتنزيل على المعنى

الأول الصحيح، وفي آخرها خصّ الصحّة بما إذا قصد توزيع الاجزاء على الاجزاء.

وأول الشهيدين في دروسه اقتصر على بيان حكم المسألة علي سبيل القصدين، ولم يتعرض للاطلاق الذي هو موضع البحث والخلاف وفي اشتراط نيّة القربة بناءً على أنّه عتق بشرط ، وعدمه بناءً على أنّه من الوصايا أو أنّه معاملة خارجة عنهما ، والأقوى عدم اشتراطها فيه لما سيأتي من ترجيح كونه وصيّة بالعتق أو لأنّه أمر مستقلّ برأسه وإن شبههما، ولادليل على اشتراطهما فيه ، والأصل يقتضي العدم وصحّته بدونها .

نعم في الأخبار التي قدمناها وسيأتي مايشعر بأنّه عتق معلّق وسيّما صحيحة يعقوب بن شعيب و رواية محمّد بن حكيم . إلّا أنّه قد شارك الوصيّة في جواز الرجوع فيه مادام حيّاً وفي إجزائه من الثلث حيث إنّه قد علّقه ولم يقع منجّزاً وما علّق من العتق قد بنت بالأدلّة الصحيحة جواز التصرف فيه قبل وقوع الشرط وإن لم يكن تدبيراً . وقد سمعت تلك الأدلّة وسيجيء ما يرشد إليه أيضاً منها .

فمراعاة القربة كسائر العتق متّجهة وإن شارك الوصيّة في هذه الأحكام بمقتضى الدليل ، و هل يشترط تجريده عن الشرط والصفة كما هو المشهور بين الأصحاب ؟ أم يجوز معلّقاً على الشرط والصفة كما هو مختار الاسكافي والقاضي سواء تقدم على الموت أم تأخّر كما إذا قال له : إن أديت إليّ أو إلى ولدي كذا فأنت حرٌ بعد وفاتي ؟ أقواها عدم جواز التعليق فيه كما تقدم في غيره ،وقد صرح في مختصره الأحمدي بذلك في مواضع عديدة ، كما ذكره شهيد المسالك . و في المختلف أنكر ذلك كلّه وادعى على بطلان العتق المعلّق بالشرط، والاجماع ممنوع أمّا الدليل فقد تقدم ذكره مفصّلاً وإن أنكر وجوده اولئك الفضلاء لعادتهم التي قدار تكبوها آخراً وأولاً .

الثاني : في شرائط المدبّر ، شرطه أن يكون بالغاً عاقلاً ، وللشيخ قول بجواز تدبير ابن العشر ، وأن يكون مختاراً جائز التصرف ، فلايقع التدبير من

الصبيّ وإن كان مميّزاً ، ولا يصحّ من المجنون ولاالسكران ولا الملجيء إلى التدبير ولا من السفيه ولامن المحجور عليه في الدين ولا من العبد إلّابإذن السيّد.

وبالجملة : أنّ كلّ مايثبت من الشرائط لأصل العتق بالأدلّة والفتوى فهو ثابت للتدبير، فهو وإن لم يرد فيه بالخصوص أدلّة كماورد في غيره إلّا أنّه يستفاد في جميع هذه الأحكام من تلك الأدلة التي مرّ فيها الكلام لعمومها، هذا على تقدير أن يكون عتقاً. وعلى تقدير جعله وصيّة أو معاملة ثالثة غيرهما فالأقرب جواز التعليق واعتبار باقي الشرائط لمشاركة الوصيّة وسائر المعاملات العتق فيها.

الثالث : أنّ المدبّر والمدبّرة باقيان على الرقّ ولم يخرجا عن ملك مولاهما بالتدبير سواء جعلناه وصيّة أم عتقاً مطلقاً أو معاملة اخرى غيرهما فللمولى التصرف فيهما بالاستخدام وغيره .

ولو كان أمة فله وطؤها كما له التصرف فيها بغيره ولجواز وطء المستولدة وحقّ المعتق فيها آكد لتحريم بيعها في الجملة إجماعاً، بخلاف المدبّرة فإنّها أبعد من الحريّة مادام مولاها حيّاً وإن كان في جواز بيعها خلاف إذا لم يرجع في التدبير ، وسيجيء بيانه . فإن وطأها وحملت منه اجتمع فيها سببان للعتق التدبير والاستيلاد، والأول أسبق، والعتق فيهما متوقّف على موت المولى، فإذا مات والولد حيّ عتقت من ثلثه بالتدبير ، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر ـ أعني الاستيلاد ـ فيحسب من نصيب ولدها، وتعتق إن وفى بذلك وإلّا استسعت في الباقي .

ويدلّ على جواز وطئها رواية أبي مريم [1] الصحيحة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر ، أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته ؟ فقال : نعم أيّ ذلك شاء فعل» .

---

(١) التهذيب ج٨ص٢٦٣ ح٢٤، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٣ح١ وفيهما اختلاف يسير.

ومرسلة ابن أبي عمير [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن المدبّرة يقع عليها سيّدها ؟ قال : نعم» .

الرابع : لو حملت المدبّرة بمملوك بعدالتدبير بحيث يدخل في ملك مولاها تبعها في التدبير سواء كان الولد من عقد أم شبهة أم زنا ، إلّا أنّه في الأولين ظاهر لتبعيّته لهما، أمّا في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم لانتفاءالسبب بينهماشرعاً، إلّا أنّه لمّا صدق عليه كونه ولدها لغةً وكان جانب الماليّة والحيوانيّة مغلباً فيها ومن ثمّ كان الولد لمولاها دون مولى الزاني لوكان عبداً أطلق الشيخ وتبعه الأكثر كالمحقّق والعلّامة ومن تأخّر عنهما بتبعيّته لها في التدبير من غيرفرق .

وكذلكالأخبار جاءت بذلكمطلقة بلعامّة في أنّما ولدت فهم بمنزلتها، ولا شبهة في أنّه يصدق على ولدها من الزنا أنّها ولدته فيكون بمنزلتها لمقتضى هذا العموم والاطلاق وإن لم يلحق بها في باقي الأحكام .

وكذا القول في ولد المدبّر إذا كانوا مملوكين لمولاه بأن ولدوا من أمته، مدبّرة كانت أم لا أو من غيرها وقد شرط مولاه رقّيّتهم .

وتلك الأخبار الواردة فيها صحيحةأبان بن تغلب [2] كما في الكافيوالتهذيب «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكة ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثمّ مات زوجها وترك أولاداً منها ، قال : أولاده منها كهيئتها ، فإذا مات الذي دبّرها فهم أحرار» .

وخبر عثمان بن عيسى الكلابي [3] عن أبي الحسن الأول عليه السلام «قال: سألته

---

(١) التهذيب ج٧ ص٤٨١ ح١٣٨، الوسائل ج١٦ ص٨٦ ب١ ح٨ وفيه«أيطأها» وفيهما «عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه» .

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٦، التهذيب ج٨ ص٢٥٩ ح٤، الوسائل ج١٦ ص٨٩ ب٥ ح١ وما في المصادر «دبر مملوكته» مع اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٥، الوسائل ج١٦ ص٩٠ ب٥ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة ما حال المولودة هي مدبّرة أو غير مدبّرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبّرة؟ أقبل ما دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري أجبني فيهما جميعاً، فقال: إذا كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبّرة و الولد رق، وإن كان إنّما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبّر في تدبير امّه».

ورواه الصدوق في الفقيه [1] مرسلاً نحوه وزاد فيه «لأنّ الحمل حدث بعد التدبير».

كذا

وخبر الوشّاء [2] كما في الكافي والتهذيب و [ح كما في] الفقيه عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «قال: سألته عن رجل دبّر جاريته فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم كان ما في بطنها رق». وفي التهذيب بطريق صحيح عن الحسن بن علي الوشّاء [3] مثله.

وخبر يزيد بن إسحاق شعر [4] المعتبر عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن جارية اعتقت عن دبر من سيّدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها وهم من ثلثه، وإن كانوا أفضل من الثلث استسعوا في النقصان» الحديث.

وخبر أبي البختري [5] كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال: ما ولدت الضعيفة المعتقة عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها يرقّون برقّها ويعتقون بعتقها، وما ولد قبل ذلك فهم مماليك لا يرقّون برقّها ولا يعتقون بعتقها».

---

(١) الفقيه ج٣ ص٧١ ح٤، الوسائل ج١٦ ص٩٠ ب٥ ح٢.

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٣، الفقيه ج٣ ص٧١ ح٥، الوسائل ج١٦ ص٩٠ ب٥ ح٣ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٦٠ ح٩.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٦١ ح١٤ وفيه «فان كانوا أكثر»، الوسائل ج١٦ ص٩١ ب٥ ح٤.

(٥) قرب الاسناد ص٦٣، الوسائل ج١٦ ص٩١ ب٥ ح٥.

أمّا ما في رواية علي بن جعفر وصحيحته (١) كما في كتاب قرب الأسناد وكتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن رجل قال: إذا متّ فجاريتي فلانة حرة، فعاش حتّى ولدت الجارية أولاداً ثمّ مات، ماحالها؟ قال: اعتقت الجارية وأولادها مماليك». فهما محمولان على التقيّة أو على أنّه قد صارت أولادها مماليك لغير المولى، أو على أنّهم مماليك لعدم إحاطة الثلث بالأولاد.

وأمّا مايدلّ على حكم أولاد المدبّر إذا كانوا من مملوكة المولى المدبّر فصحيحة بريد بن معاوية العجلي (٢) المرويّة في التهذيب والكافي والفقيه «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبّر مملوكاً له تاجراً مؤسراً، فاشترى المدبّر جارية بإذن مولاه فولدت منه أولاداً فمات قبل سيّده، قال: فقال: أرى أنّ جميع ماترك المدبّر من مال أو متاع فهو للّذي دبّره، وأرى أنّ امّ ولده للّذي دبّرته، وأرى أنّ ولدها مدبّرون كهيئة أبيهم، فإذا مات الذي دبّر أباهم فهم أحرار».

وإذا تقرر ذلك فنقول: إن استمرّ المولى على تدبير الامّ أو الأب فلاإشكال ولاخلاف في تبعيّة الأولاد لهما، وإن رجع في تدبير الامّ أو الأب جاز أيضاً لعموم الأدلّة الدالّة على جواز الرجوع في التدبير مادام حيّاً.

ثمّ إذا رجع فيها فهل يجوز له الرجوع في الأولاد منفردين أم لا؟ قولان، فالشيخ وتبعه المحقّق في الشرايع على أنّه لا يجوز الرجوع فيهم مطلقاً لصحيحة أبان بن تغلب الآتي ذكرها، وقد ادعى الشيخ في الخلاف الوفاق. وقال ابن إدريس بجواز الرجوع و تبعه العلّامة و ولده في إيضاح القواعد و الشهيد الأول وأكثر المتأخّرين لعموم الأدلّة على جواز الرجوع في التدبير، ولأنّ تدبير الولد فرع

---

(١) قرب الاسناد ص١١٩، بحار الانوار ج١٠ ص٢٨٦ وفيه «ماحالهم»، الوسائل ج١٦ ص٩١ ب٥ ح٦ و ٧.

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٥ ح٨، الفقيه ج٣ ص ٧٣ ح١٢، التهذيب ج٨ ص ٢٦١ ح١١، الوسائل ج١٦ ص٩٢ ب٦ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير.

تدبير الأبوين، فلايزيد الفرع على أصله. والأقوى الأول، فإنّا نمنع عموم الدعوى بعد ورود هذه الرواية الصحيحة وغيرها المخرجة لهذا الفرد من عموم هذه القاعدة.

وتلك الرواية هي صحيحة أبان بن تغلب [1] « قال: سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن رجل دبّر مملوكته ثمّ زوّجها وترك أولاداً منها، قال: أولادها منها كهيئتها فإذا مات الذي دبّر امّهم فهم أحرار، قال: قلت له: أيجوز للّذي دبّر امّهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أرايت إن ماتت امّهم بعد مامات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيّدها أن يبيع أولادها وأن يرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنّما كان له أن يرجع في تدبير امّهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك ».

وأمّا الفرق بين حكم الفرع و الأصل بعد النص، أنّ تدبير الأصل لمّا كان بمباشرة المالك جاز له الرجوع في وصيّته بخلاف الولد، فإنّ حكم تدبيرهم قهريّ من الله فلا اختيار له فيه، لكن ربما قدح في الرواية من حيث اشتمالها على كون أبيهم حراً و هو يوجب تبعيّتهم له فيها، وحملت تارةً على اشتراط الرقيّة كما هو اختيار المشهور، واستضعفه في المسالك لعدم ظهوره منها. والأقوى أنّ هذا الخبر من هذه الأخبار الدالّة على تبعيّة الولد لأحد الأبوين في الرقّ كما عليه العامّة ومختار الاسكافي من علمائنا، وقد تقدمت أخبار صحاح في كتاب النكاح وأحكام الأولاد التي على ذلك فتكون دالّة على حكم التدبير، ويمكن حملها على تأخّر حريّة الأب عن الاستيلاد وإن كان بعيداً.

الخامس: أنّه إذا دبّرها ثمّ رجع في تدبيرها فأتت بولد لدون ستّة أشهر من حين الرجوع و لم يجاوز أقصى مدة الحمل من حين التدبير فلا كلام في بقائه على التدبير لتحقّق علوقها به في زمن التدبير، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٦، الوسائل ج١٦ ص ٩٢ ب٧ ح١ وفيهما « زوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترك أولاده منها ـ أولاد منها » مع اختلاف يسير.

لو ولدت لأقصى الحمل فصاعداً من حين الرجوع .

أمّا إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المحقّق والأكثر أنّه لايكون تدبيراً لاحتمال أن يكون تجدد بعد الرجوع ، ولم يفرقوا في ذلك بين أن يكون فراشاً وعدمه، و وجهه أصالة تقدمه وأصالة بقائه على ملك مالك التام، وقدتقدم الفرق بين الحالين في مواضع عديدة ، فإنّه إذا لم يكن لها زوج يمكن تجدده منه حكم بوجوده إلى إقصاء الحمل حملاً لحال المسلم على الصحيح ، و الفرق بين الأمرين غير واضح .

أمّا لو دبّرها حاملاً قبل أن يعلم بالحمل فالمشهور بين الأصحاب أنّ الحمل لا يتبع الحامل في شيء من الأحكام إلّا بالنصّ عليه بالتبعيّة ، فلا يتبعها في التدبير إلّا مع التصريح بإدخاله ، حتّى أنّ الشيخ مع حكمه بإلحاقها في البيع والعتق وافق في المبسوط والخلاف هنا المشهور على عدم التبعيّة، لكنّه في النهاية ذهب إلى التبعيّة أيضاً عند العلم به و إلّا فلا استناد إلى رواية الوشّاء (١) المتعددة الطرق ، وقد مرّ ذكرها، وفيها الحسن والضعيف عن الرضا عليه السلام « قال: سألته عن رجل دبّر جاريته وهي حبلى، فقال: إن كان علم بحمل الجارية فما في بطنها بمنزلتها ، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رق » .

وقد عمل بمضمونها كثير من المتقدمين والمتأخّرين ونسبوها إلى الصحّة، وقد عرفت أنّ الصحّة فيها بالاصطلاح المحدث غير ثابتة ، والحقّ أنّها باصطلاح القدماء صحيحة لأنّ مدارهم في الصحّة على القرائن .

وأمّا باصطلاح المتأخّرين فهي بطريق كأحد الطريقين من الضعيف وفي الفقيه وأحد طريق التهذيب من الحسن ، واحتمل فيها شهيد المسالك الصحّة الاضافيّة لأنّ الحسن كذلك وإن كان خلاف المصطلح، لأنّ رواية الحسن من الحسن لأنّه ممدوح وليس بثقة ، بل ربما قدح في روايته بعض المتأخّرين حيث إنّه كان

(١) الكافي ج٦ ص١٤٨ ح٤، الوسائل ج١٦ ص٩٠ ب٥ ح٣ وفيهما اختلاف يسير.

يقول بالوقف فرجع عنه لمعجزة شاهدها من الرضا عليه السلام ولم يعلم من رواياته أنّها قبل الرجوع أو بعده. إلّا أنّ إطباقهم على عدّ رواياته في الحسن ربما كشف عن كون روايته بعد الرجوع كما حقّقه شيخنا البهائي في حبل المتين.

وذهب المحقّق في الشرايع و العلّامة في جملة من كتبه تبعاً لشيخ المبسوط والخلاف وابن إدريس إلى عدم تبعيّتها مطلقاً، علم به أو لم يعلم، للأصل وانفصاله عنها حكما كنظائره.

و لموثّقة عثمان بن عيسى[1] عن الكاظم عليه السلام أو ضعيفته «قال: سألته عن امرأة دبّرت جارية لها» وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: «إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكرما في بطنها فالجارية مدبّرة والمولود رق، وإن كان إنّما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبّر في تدبير امّه».

وفي المسألة قول آخر بسراية التدبير إلى الولد مطلقاً. وأقوى الأقوال أوسطها لما سمعت من الأدلّة المطلقة والمفصّلة والمبيّنة والمجملة، وإن كان الاحتياط في العمل برواية الوشّاء.

السادس: قد سمعت فيما سبق اشتراط البلوغ والتكليف، فلو دبّر الصبيّ لم يقع تدبيره. وذكر المحقّق في الشرايع رواية مرسلة في جواز تدبير ابن عشر سنين إذا كان مميّزاً ولم نقف عليها بعد التتبّع التام، وقد فسّرها شارح كلامه بالرواية المذكورة في مطلق العتق والوصيّة، بناءً على أنّ التدبير مختص فيهما إلّا أنّ فيه بخصوصه رواية كذلك.

وفيه نظر، لأنّ الظاهر من عبارته وجود روايته بالخصوص، والأظهر عدم الصحّة فيه، والمحقّق ــ رحمه الله ــ رجّح جواز وصيّته كما هو المشهور فتوىً وروايةً، عملاً بالأخبار الكثيرة، وتردد في العتق وجزم هنا بعدم صحّة تدبيره مع أنّه راجع إليهما كما عرفت، ومثله العلّامة في الارشاد في الوصيّة والتدبير. وقال

(١) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٥، الوسائل ج١٦ ص٩٠ ب٥ ح٢ وفيهما «والولد رق».

ثاني الشهيدين في المسالك : وبرجوعه إلى الرجوع أولى من الفرق بمالايجدي.

أمّا اشتراط الاسلام فلامستند له وفاقاً للمحقّق ومن تبعه ، وشرطه ابن إدريس وقد بنى الخلاف في ذلك على أنّ التدبير هل هو وصيّةأوعتق؟

فعلى (الأول) يصحّ من الكافر مطلقاً لعدم اشتراط نيّة القربة ، ولدلالة الأخبار التي تقدم ذكرها في الوصيّة الدالّة على وجوب إنفاذها من الكافر ، يهودياً كان أو نصرانيّاً أو حربيّاً ، لعدم اشتراط نيّة التقرب فيها .

وعلى (الثاني) يبني على اشتراطها في العتق وعدمه كما تقدم عن قريب الكلام عليه ، أو على أنّ المراد بها قصد القرب سواء حصل أم لا ، فعلى الأول لايصحّ تدبير الكافر مطلقاً ، وعلى الثاني يصحّ ، وعلى الثالث يصحّ ممّن أقرّ لله تعالى كالكتابي دون غيره ، وأمّا الفرق بين الحربيّ والذمّي فلامدخل له في هذا الحكم إن جعلنا الحربيّ شاملاً للكتابيّ الذي لايلتزم أحكام الذمّة ، وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفاً . وأنّ الأصحّ صحّةالتدبير من الكافر مطلقاً لعموم أخبار التدبير وعدم قيام دليل على اشتراط الاسلام في العتق فضلاً عن التدبير المحتمل لأن يكون وصيّة أو معاملة غير الوصيّة وغير العتق .

السابع : فلو دبّر المسلم عبده ثمّ ارتدّ ، فإن كان ارتداده عن غير فطرة لم يبطل التدبير لاستمرار الملك ، فإن استمرّ على تدبيره إلى أن مات عتق المدبّر لوجود المقتضي له وانتفاء المانع ، وإن كان عن فطرة ففي بطلان التدبير وجهان بل قولان :

من زوال ملك المرتدّ عن فطرة والمدبّر قابل للخروج عن ملكه ، وقد حصل سببه وهو الارتداد فيزول شرط استمرارالصحّة لأنّ شرطها بقاءالملك إلى الموت ، والمشروط عدم عند عدم شرطه .

ومن سبق حقّ المدبّر على حقّ الوارث فلا ينتقل إليه خصوصاً عند من يمنع عن بيع المدبّر، فإذا مات السيّد انعتق ثلثه حسب اذ لا مال له سواه. وهل

يجعل للورثة الثلثان؟ يحتمله لعدم الفائدة في حبسه عنهم إن نقل بقبول توبته، وإلّا فالفائدة محتملة لتجدد مال آخر له على تقدير التوبة. وأطلق الشيخ في المبسوط القول ببقاء التدبير مع الارتداد ، والأشهر التفصيل ، وإن كان ما اختاره شيخ المبسوط متّجهاً لما ثبت في الأخبار من قبول توبته فيما بينه وبين الله. وربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطرة تنزيلاً له منزلة الموت ، ولهذا تعتدّ امرأته وتقسم تركته وتنفذ وصاياه ، وهو بعيد .

ولو ارتدّ قبل التدبير ثمّ دبّر صحّ تدبيره إن كان ارتداده لا عن فطرة، وأطلق الشيخ ـ رحمه الله ـ الجواز ، وهو قول ابن الجنيد أيضاً ، وهو في الفطريّ مشكل لانتقال أمواله إلى ورثته .

ثمّ إنّ المرتدّ بالنسبة إلى التدبير ومافي معناه بمنزلة الكافر، فإن اشترطنا نيّة التقرب بطل تدبيره مطلقاً ، وإلّا صحّ وقوعه من غير الفطري كالكافر . وأمّا في الفطري ففيه إشكال ، منشأه ماهو المشهور من انتقال ماله عنه فلا يتصور منه التدبير المشروع بالملك ، مضافاً إلى ما علّل به الملّي ، وأطلق الشيخ وابن الجنيد جوازه ويدلّ على انتقال المال عنه ، وهذا بمذهب ابن الجنيد أنسب ، حيث إنّ المرتدّ يستتاب مطلقاً إذ لم يفرق بين الملّي والفطري كالمشهور ، إلّا أنّ استفادة الفرق بينهما وإثبات هذه الأحكام مع كونها مشهورة من النصوص مشكل، وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

الثامن : إذا دبّر الكافر عبده الكافر ثمّ أسلم العبد نظر، فإن رجع السيّد عن التدبير بالقول بيع عليه وجوباً قولاً واحداً ، وإلّا ففي بيعه عليه قولان .

أظهرهما ذلك ، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم ، ولخبر حمّاد بن عيسى عن أبي عبدالله عليه السلام كما في نهاية [1] الشيخ و مرسلته [2] كما في الكافي والتهذيب

---

(١) النهاية ص٣٤٩ ح٢ وفيه «اتى بعبد لذمى» .

(٢) الكافى ج٧ ص٤٣٢ ح١٩، التهذيب ج٦ ص٢٨٧ ح٢ ، الوسائل ج ١٦ ص٨١ ب٧٣ ح١ وما فى المصادر «اتى بعبد لذمى» .

عن أبي عبدالله عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام اتي بعبد ذمّي قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده». ولقوله صلى الله عليه وآله (١) «الاسلام يعلو ولا يُعلى عليه». وطاعة المولى علوّ منه وفي ملكه له إذلال للمسلم ولا يؤمن أن يستخدمه فيذلّه.

وقال ابن البرّاج: يتخيّر بين الرجوع في التدبير فيباع وبين الحيلولة بينه وبين كسبه للمولى وبين استسعائه. وحينئذٍ فينفق عليه من كسبه، فإن فضل منه شيّ فهو للمولى على القولين، فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلثه، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين، وإلّا بيع عليهم لبطلان التدبير بالموت.

التاسع: يصحّ التدبير لمن تعذر عليه النطق كالأخرس أو لمن اعتقل لسانه بالمرض بالاشارة المفهمة لذلك، وكذا رجوعه، وكذلك بالكتابة عند نصب القرينة كما تقدم في العتق، كما يصحّ ذلك في تصرفاتهم وسائر معاملاتهم لأنّ الاشارة والكتابة قائمتان مقام اللفظ، سواء كان المانع أصليّاً أم عارضيّاً، لعموم الأدلّة ولخصوصها أيضاً، وسواء أخرس بعد التدبير فيرجع بالاشارة أم قبله، لاشتراك الجميع في المقتضي ويشترط فهم إشارته ولو بعدلين ليثبت به حيث يحصل النزاع.

وقد ثبت في موثّقة يونس بن يعقوب (٢) التي مرّ ذكرها، وكذلك في صحيحة الحلبي (٣) «أنّ أمامة بنت أبي العاص وامّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة، فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل وذكرت أنّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان لها ـ والمغيرة كاره لذلك ـ

(١) الفقيه ج٤ ص٢٤٣ ح٣، الوسائل ج١٧ ص٣٧٦ ب١ ح١١.

(٢) التهذيب ج٩ ص٢٤١ ح٢٨، الفقيه ج٤ ص١٤٦ ح٢ وفيهما «أعتقت فلاناً وأهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، وكذا»، الوسائل ج١٣ ص٤٣٧ ب٤٩ ح١ وفيه اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٥٨ ح١٦٩، الوسائل ج١٦ ص٥٩ ب٤٤ ح١.

أعتقت فلاناً وأهله ؟ فجعلت تشير برأسها لا ، و كذا و كذا ؟ فجعلت تشير برأسها نعم لاتفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها» .

وصحيحة علي بن جعفر[1] وروايته اللتان تقدمتا عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهلوهما تسائله : أعتقت فلاناً وفلاناً ؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض نعم وفي بعض لا ، وفي الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال : نعم هو جائز» .

و كذلك في خبر محمّد بن جمهور[2] عن أبي عبدالله عليه السلام في قضيّة فاطمة بنت أسد عندما اعتقل لسانها، فجعلت تؤمي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماءً ، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وصيّتها ، و كان من وصيّتها أن أمرت بعتق خادمها» .

وبالجملة : فالأخبار بهذا المعنى مستفيضة وهو موضع وفاق، ولو فهم المملوك ذلك منه خاصّة ترتّب حكم التدبير فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو وقع التدبير من الصحيح بينه وبين عبده بغير إشهاد أحد ، ولو أنكر بعد ذلك فكإنكار الصحيح وهل يعدّ رجوعاً؟ فيه قولان، وستجيء الاشارة إلى ذلك والتنبيه عليه، وقد خالف بعض العامّة فمنع من رجوعه بالاشارة و جوّز تدبيره بها بناءً على أنّ الرجوع لا يصحّ عنده بالقول بل بالفعل، وغاية إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرح على أصله .

العاشر : قد اختلف في حقيقة التدبير في أنّه من أيّ باب ؟ أهو من الوصيّة أم من العتق أم خارج عنهما وإن ناسبهما من وجوه مخصوصة ؟ وعلى كلّ تقدير فالمشهور بينهم أنّه عتق لكن يصحّ الرجوع فيه مادام حيّاً كالوصيّة .

واضطرب كلام المحقّق هنا في شرايعه فتارةً جعله بصفة الوصيّة وليس بوصيّة حقيقيّة، وفي صدر كتاب التدبير في مقام التعريف له ماهو صريح في ذلك.

---

(١) قرب الاسناد ص١١٩ ، الوسائل ج١٣ ص٤٣٧ ب٤٩ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الكافي ج١ ص٤٥٣ ح٢ ، الوسائل ج١٣ ص٤٣٨ ب٤٩ ح٣ .

وفي النافع قطع بكونه وصيّة، وهذا الاختلاف ناشٍ عن اختلاف الأخبار لكونها في غاية الاختلاف .

وصحيحة ابن مسكان [١] كما في الكافي و التهذيب والفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ المدبّر من الثلث وأنّ للرجل أن ينقض وصيّته فيزيد فيها أو ينقص عنها مالم يمت».

وفي صحيحة معاوية بن عمّار [٢] «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن المدبّر فقال: هو بمنزلة الوصيّة يرجع فيما شاء منها» .

وموثّقة زرارة [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن المدبّر هو من الثلث؟ قال : نعم ، وللموصي أن يرجع في وصيّته أوصى في صحّة أم مرض» .

وصحيحة محمّد بن مسلم [٤] كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : المدبّر من الثلث ، وقال : للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحّة أو مرض» .

وصحيحة معاويه بن عمّار [٥] «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن المدبّر، قال: هو بمنزلة الوصيّة فيما شاء منها» .

وخبر أبي بصير [٦] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : المدبّر مملوك ولمولاه أن يرجع

(١) الكافي ج٧ ص١٢ ح٣، الفقيه ج٤ ص١٤٧ ح٣، التهذيب ج٩ ص١٩٠ ح١٥، الوسائل ج١٣ ص٣٨٥ ب١٨ ح١ وما في المصادر «وينقص منها» .
(٢) الكافي ج٦ ص١٨٣ ح٢ وفيه « يرجع فيها و فيما شاء» ، الوسائل ج ١٦ ص٨٦ ب٢ ح١ .
(٣) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٣، الوسائل ج١٦ ص٨٦ ب٢ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٤) الكافي ج٧ ص٢٢ ح ٣ ، التهذيب ج٩ ص٢٢٥ ح٣٣ ، الوسائل ج ١٣ ص٣٨٩ ب١٩ ح١ .
(٥) الكافي ج٧ ص٢٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب١٩ ح٤ و فيهما «يرجع فيما شاء» .
(٦) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٧ ، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٢ ح٣ وفيهما «وان هو تركها ولم يغيرها حتى» .

في تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره، وإن تركه سيّده على التدبير فلم يحدث فيه حدثاً حتّى يموت سيّده فإنّ المدبّر حرّ إذا مات سيّده وهو من الثلث، إنّما هو بمنزلة رجل أوصى بوصيّة ثمّ بدا له فغيّرها قبل موته فإن هو تركها حتّى يموت أخذ بها».

وصحيحة منصور (١) «قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر، فقال أبو عبدالله عليه‌السلام: يردّ من وصيّته ما شاء ويجيز ما شاء».

وهي كما ترى بعضها دالّ على أنّه وصيّة محضة وبعضها بمنزلة الوصيّة وإن كان التحقيق أنّه بمنزلة الوصيّة لا عينها كما ذكره المحقّق هنا، لأنّه لو كان وصيّة محضة لافتقر إلى صيغة بعد الموت، ولا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام في عتقه بل المراد أنّه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات وهو كونه من الثلث وأنّه يجوز الرجوع فيه ونحو ذلك، لكن فيه شائبة من العتق وليس بعتق محضاً كما قاله ابن إدريس وغيره، وإلّا لما صحّ الرجوع فيه ؛ كونه متردد بينهما في بعض الأحكام ومستقلّاً بنفسه في بعض، ومن ثمّ وقع بصيغة خاصّة خارجة عن الأمرين أظهر لانطباق هذا القول على جميع أخبار الباب.

الحادي عشر: قد عرفت ممّا سبق أنّ التدبير من الايقاعات الجائزة القابلة للفسخ كالوصيّة، وفسخه قد يكون بالقول كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته وما أشبه ذلك، وقد يكون بالفعل كأن ينقل المدبّر لغيره بناقل شرعيّ حتّى لو كانت هبة غير مقبضة فإنّها تبطله لدلالتها على الرجوع، وتصحّ الهبة عند تمام شرائطها، خلافاً لابن حمزة حيث شرط في صحّتها تقدم الرجوع فيه بالقول وأولى بالرجوع ما لو أعتقه لأنّه تعجيل مسبّب التدبير - أعني الحرية -

(١) التهذيب ج٩ ص١٩١ ح١٩، الوسائل ج١٣ ص٣٨٧ ب١٨ ح٨.

فقد زاده خبر ، و كذا يبطل توقفّه وإن لم يقبضه لدلالته على الرجوع كالهبة ، والخلاف فيه كالخلاف فيها ومثله الوصيّة به .

وأمّا بيعه فالأظهر أنّه كذلك لما ذكر، ولأنّ الوصيّة تبطل بإخراج الموصى به عن ملك الوصي، والبيع ناقل للملك، والتدبير وصيّة أو بمنزلتها كما مرّ .

ولذلك جملة من الأخبار على ذلك مثل صحيحة محمّد بن مسلم [1] كما في الكافي والتهذيب «قال : سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل دبّر مملوكاً له ثمّ احتاج إلى ثمنه ، قال : هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسكه حتّى يموت ، فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه» .

وصحيحة إسحاق بن عمّار [2] «قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق مملوكه عن دبر ثمّ يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت : فإن كان عن ثمنه غنيّاً؟ قال : إن رضي المملوك فلا بأس » .

وصحيحة جميل [3] كما في الفقيه والتهذيب «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المدبّر أيباع ؟ قال : نعم إن احتاج صاحبه إلى ثمنه و إذا رضي المملوك حسن فلا بأس » .

و صحيحية محمّد بن مسلم [4] الاخرى « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل دبّر مملوكه ثمّ يحتاج إلى الثمن ، قال : إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح٩ ، التهذيب ج ٨ ص٢٥٩ ح٦ ، الوسائل ج١٦ ص٨٤ ب١ ح١ .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح١٩ وليس فيه «فلا بأس» ، الوسائل ج١٦ ص٨٥ ب١ ح٤ .

(٣) الفقيه ج٣ ص٧١ ح٢، التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح٢٠ ، الوسائل ج١٦ ص٨٥ ب١ ح٥ وليس فى المصادر «حسن» مع اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح٢١ ، الوسائل ج١٦ ص٨٦ ب١ ح٧ وفيهما فى آخر الصحيحة «فذلك من الثلث» .

إن شاء و إن شاء أعتق » .

و خبر أبي بصير [١] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : المدبّر مملوك ولمولاه أن يرجع في تدبيره ، إن شاء باعه وإن شاء وهبه و إن شاء أمهره » .

و خبر الوشّاء [٢] « قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يدبّر المملوك وهو حسن الحال ثمّ يحتاج له ، يجوز له أن يبيعه؟ قال: نعم . إذا احتاج إلى ذلك» . هكذا في الكافي والتهذيب و رواه في الفقيه من الحسن .

ويدلّ عليه إطلاق صحيحة معاوية بن عمّار المتقدمة، و كذلك موثّقة زرارة وصحيحة محمّد بن مسلم لقوله «المدبّر بمنزلة الوصيّة يرجع بما شاء منها» كما في الاولى ، و في الثانية «المدبّر من الثلث و للرجل أن يرجع في ثلثه» ، وفي الثالثة « وللموصي أن يرجع في وصيّته أوصى في صحّة أو مرض » .

وفي صحيحة هشام بن الحكم [٣] « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يدبّر مملوكه ، أله أن يرجع فيه ؟ قال : نعم هو بمنزلة الوصيّة » .

قال الشيخ في النهاية : لايجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره إلّا أن يعلم المبتاع أنّه يبيعه خدمته ، وأنّه متى مات هو كان حراً لا سبيل عليه .

وقال الصدوق: لايجوز بيعه إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إيّاه أو يعتقه عند موته . وقريب منه قول ابن أبي عقيل .

وقال المفيد : متى مات البائع صار حراً لا سبيل عليه وإن لم يشترط وهو قول الشيخ أيضاً . ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفة ، وقد تقدم منها ما يدلّ على جواز الرجوع و البيع .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٧ ، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٢ ح٣ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٣ ح١ ، الفقيه ج٣ ص٧١ ذيل ح٥، التهذيب ج٨ ص٢٥٨ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص٨٥ ب١ ح٣ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج٧ ص٢٢ ح٢ ، الوسائل ج١٣ ص٣٨٩ ب١٩ ح٣ .

و قد دلّت صحيحة محمّد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يعتق غلامه أو جاريته عن دبر منه ثمّ يحتاج إلى ثمنه، أيبيعه؟ قال: لا ، إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إيّاه أن يعتقه عند موته » .

ومثلها صحيحته الاخرى (٢) كما في الفقيه .

وصحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وهذه الأخبار حجّة الصدوق و من قال بمقالته. و أمّا ما يدلّ على أحد قولي الشيخ من جواز بيع الخدمة فرواية القاسم بن محمّد(٤) عن علي «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أعتق جارية في حياته، قال : إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فإذا مات اعتقت الجارية ، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها » .

وخبر السكوني(٥) عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال: باع رسول الله صلّى الله عليه وآله خدمة المدبّر ولم يبع رقبته » .

و صحيحة أبي مريم(٦) عن أبي عبدالله عليه السلام وقد تقدمت وفيها «الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته ؟ فقال : أيّ ذلك شاء فعل » .

وصحيحة أبي بصير (٧) « قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان

(١)و(٢) الفقيه ج٣ ص٧١ ح٣ ، التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٢ وفيه « وجاريته » ، الوسائل ج١٦ ص٨٥ ب ١ ح٦ .

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٣ .

(٤) التهذيب ج٨ص٢٦٤ح٢٦، الوسائل ج١٦ ص٨٨ ب٣ح٣ وفيها: «جارية له عن دبر فى حياته » .

(٥) التهذيب ج٨ ص٢٦٠ ح٨ ، الوسائل ج١٦ ص٨٨ ب٣ ح٤ .

(٦) التهذيب ج ٨ ص٢٦٣ ح٢٤ و فيه « فقال : نعم أى» ، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٣ ح١ .

(٧) التهذيب ج٨ ص٢٦٣ح٢٥، الوسائل ج١٦ ص٨٨ ب٣ ح٢ و فيهما «الا أن يشاء ــ يبيعه قدر حياته» .

عن دبر ، فقال : لمولاه أن يكاتبه إن شاء و ليس له أن يبيعه إلّا أن شاء العبد أن يبيعه في حياته وله أن يأخذ ماله إن كان له مال » .

و رواها الصدوق [١] أيضاً من الصحيح كما في الفقيه إلّا أنّه قال فيها « مدة حياته » .

ورواها في المقنع [٢] مرسلة .

وهذه حجّة الشيخ مضافاً إلى الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على جواز بيعه مطلقاً و بعضها على النهي عنه و بعض على الاذن في بيع الخدمة مدة حياته بحمل الاولى على بيع الخدمة . و حمل ابن إدريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته لأنّ البيع لا يقع إلّا على الأعيان . و العلّامة على الاجارة مدة فمدة حتّى يموت . والمحقّق ـ رحمه الله ـ ومن تأخّر عنه قطعوا ببطلان بيع الخدمة لأنّها منفعة مجهولة . و اجيب عن ذلك بالجهالة غير قادحة لجواز استثناء هذا بهذه الأخبار الواردة فيه بالخصوص على أنّ المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع و لا تقدير فيه للمدة ، فإذا وردت الأخبار الكثيرة بجوازه فلم يبعُد القول به ، واختاره شهيد الدروس .

و على هذا فالمتجّه جواز بيع الرقّيّة كما دلّت عليه الأخبار المستفيضة السابقة و بيع المنفعة منفردة إبقاءً للتدبير على أصله كما دلّت عليه الأخبار.

وأمّا حمل الشيخ بيع المدبّر على بيع خدمته وحصره الجواز فيه إذا لم يرجع في التدبير فليس بجيّد ، لأنّ مقصود المشتري الرقّيّة فاذا لم يصحّ بيعها وصرف إلى بيع الخدمة في المدة المخصوصة كان اللازم بطلان البيع كما لو اشترى شيئاً على أنّه جنس معيّن فظهر غيره .

و أمّا تنزيله على أنّ البيع متناول للرقّيّة مدة الحياة كمشروط العتق

(١) الفقيه ج٣ ص٨٢ ح٨ .
(٢) المقنع ص١٥٨ .

ففاسد لتصريح الأخبار ، والفتوى يتناول بيع الخدمة دون الرقيّه ، ولأنّ انعتاقه بالموت عن البائع لا من المشتري فيدلّ على عدم انتقال الرقيّة إلى المشتري وإلّا لكان عتقه عنه إذا لم يشترط عليه عتقه عن البايع بل انعتق بالتدبير السابق ، والأصحّ صحّة البيع في رقبته وأنّ ذلك رجوع في التدبير، ويترتّب عليه بطلان التدبير .

ويمكن حمل الأخبار الناهية عن البيع والاقتصار على بيع الخدمة على التقيّة لأنّه مذهب جماعة .

ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً في المشهور، لأنّه أعمّ من الرجوع فلا يدلّ عليه ، ولامكان استناده الانكار له إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع وقيل : يكون رجوعاً لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان وكان أبلغ من الرجوع المقتضي لرفعه في المستقبل خاصّة، والأقوى هو المشهور إلّا مع قصد الرجوع به ، وحينئذٍ فيرجع إليه في ذلك ، وإن لم يعرف بالقصد لم يكن رجوعاً. وكذا القول في سائر الأحكام التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة والوصيّة وإنكار البيع الجائز.

وأمّا إنكار الطلاق وإعداده رجعة فللنصّ الصحيح الوارد بكونه رجوعاً مع كونه على خلاف الأصل ، وقد تقدم تحقيقه فيه .

أمّا لو ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر ، لأنّ إنكاره وحلفه مع عدم البيّنة وإن اقتضيا ارتفاعه ظاهراً لكن لا يرتفع في نفس الأمر فهو بحاله مالم يحصل منه مايدلّ على الرجوع ، فلومات على هذه الحالة انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى .

وقد تظهر الفائدة ظاهراً كما لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه،فإن جعلنا الانكار رجوعاً لم يعد باعترافه ، وإلّا بقي بحاله ، فيثبت ظاهراً أيضاً حيث يعترف به .

وقد تظهر فائدته أيضاً كما لو كان الحلف لعدم البيّنة ثمّ وجدت بعد ذلك.

الثاني عشر: المدبّر ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، هـذا إذا كان تدبيره معلّقاً على موت المولى ولم يكن منذوراً ولا معاهداً عليه ولا يميناً لأنّها وصيّة متبرع بها، أو هـو بمنزلتها فيكون بحكمها. و لو جعلناه عتقاً فالعتق المعلّق على الموت كذلك مثل المنجّز في مرض الموت كما مرّ تحقيقه في المشهور فالمتأخّر عنه أولى.

وقد تقدمت جملة من الأخبار دالّة عليه مثل صحيحة محمّد بن مسلم [(١)] لقوله فيها «فهو مملوك» إلى قوله «فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه».

وفي صحيحة محمّد بن مسلم [(٢)] الاخرى عن أحدهما عليهما السلام «قال: المدبّر من الثلث».

وخبر الحسين بن علوان [(٣)] عن الزيديّة عن زيد بن علـي عن آبائه عن علي عليه السلام «قال: المعتق على دبر فهو من الثلث».

ومرسلته [(٤)] مثله.

وخبر أبي بصير [(٥)] عن أبي عبدالله عليه السلام وتقدمه «قال: المدبّر مملوك ولمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه» إلى أن قال: «وإن تركه سيّده على التدبير ولم يحدث فيه حدثاً حتّى يموت سيّده فإنّ المدبّر حرّ إذا مات سيّده، وهو من الثلث، إنّما هو بمنزلة رجل أوصى بوصيّة» الحديث.

وصحيحة محمّد بن مسلم [(٦)] «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبّر مملوكاً

(١) الكافي ج٦ ص١٨٥ ح٩، الوسائل ج١٦ ص٨٤ ب١ ح١.
(٢) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٦، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٢ ح٤.
(٣) التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح١٧، الوسائل ج١٦ ص٩٣ ب٨ ح٢.
(٤) الفقيه ج٣ ص٧٣ ح١٣، الوسائل ج١٦ ص٩٣ ب٨ ح٢.
(٥) الكافي ج٦ ص١٨٤ ح٧، الوسائل ج١٦ ص٩٣ ب٨ ح٣.
(٦) الكافي ج٦ ص١٨٥ ح٩، الوسائل ج١٦ ص٨٤ ب١ ح١.

له ثمّ احتاج إلى ثمنه» وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال : «فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه» .

وصحيحته الاخرى (١) «قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل دبّر مملوكه ثمّ يحتاج إلى الثمن» وساق الحديث إلى أن قال : «وإن شاء أعتق وذلك من الثلث» .

وفي صحيحته الخامسة (٢) عن أحدهما عليهما السلام «قال : المدبّر من الثلث وللرجل أن يرجع في ثلثه» .

هذا كلّه إذا كان معلّقاً بموت المولى متبرعاً به ، فلو علّقه بموت المخدوم أو الزوج ومات في حياة المولى وصحّته لم يعتبر من الثلث ، إذ لاوجه له ، فإنّه كتعجيل العتق في حال الحياة . وحينئذٍ فيجب حمل الأخبار المطلقة أو العامة ممّا قدمناها و تأتي في كونها من الثلث على التدبير الغالب المتّفق عليه وهو المعلّق بموت المولى ، بل فيها ما يدلّ عليه صريحاً كقوله «فإذا مات السيّد فهو حرّ لثلثه» .

ولو مات المخدوم في مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث أيضاً كالمعلّق على وفاة المولى ولو كان واجباً بنذر أو شبهه كالعهد واليمين ، فإن كان في مرض الموت وكانت المنجّزات من الثلث لم يتغيّر الحكم ، و إن كان في حال الصحّة فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنّه من الثلث أيضاً لأنّه لايصير واجب العتق بذلك إنّما يجب تدبيره ، فإذا دبّره فقد برىء من النذر ولحقه حكم التدبير وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات المالية ، ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة .

وفي التحرير ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل ونقله أول الشهيدين

(١) التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح٢١ ، الوسائل ج١٦ ص٨٦ ب١ ح٧ .

(٢) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٦ ، الوسائل ج١٦ ص٨٧ ب٣ ح٣ .

في الدروس عن ظاهر الأصحاب ، والأظهر الأول .

ولو جوّزنا تعليق العتق على شرط كما هو مذهب القاضي و الاسكافي كما لو قال: فهو حرّ قبل مرض موتي بيوم مثلاً خرج من الأصل ، وكذا لو جعلنا المنجّزات من الأصل كما هو المختار فعلّقه على آخر جزء من حياته، ولو نذر عتقه أو الصدقة بالمال أو صرفه في بعض الوجوه السابقة في آخر يوم من أيّام صحّته فكذلك ، وفي آخر يوم من حياته على القول الآخر ، ولافرق في اعتبار التدبير بين المتبرع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت والصحّة كالوصيّة .ولو تعدد المدبّر بتعدد الصيغة وجب إخراج الأول فالأول وإن لم يسع الجميع الثلث إلى أن ينقضي و بطل في الزائد ، وإن اتّحدت الصيغة أو تعدده وجهل الترتيب عتق الثلث بالقرعة كما سبق في العتق المنجّز، و يكون حكمه في الأمرين حكم الوصيّة .

الثالث عشر : لو دبّر المالك عبده وعليه دين مستوعب للتركة بطل التدبير وبيع المدبّر فيه ،لأنّ التدبير كالوصيّة كما سمعت ، ولاتزاحم الوصيّة الديون فيتعيّن في نفوذه كونه فاضلاً من الثلث بعد أداء الدين وما في معناه من الوصايا الواجبة والعطايا المنجّزة والمتقدمة عليه لفظاً ، ولافرق في المشهور بين الدين المتقدم على إيقاع صيغة التدبير والمتأخّر عنه كما هو الأصح . والقول بتقديمه على الدين مع تقدمه عليه للشيخ في النهاية و كتابي الأخبار وتمسّك المشهور بما تقدم من الأخبار الدالّة على أنّ التدبير كالوصيّة ، ولاإشكال في وجوب تقدم الديون عليها تقدمت أو تأخّرت .

وبصحيحة الحلبي [١] وبحسنته كما في الفقيه والكافي «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل قال : إن مت فعبدي حرّ و على الرجل دين ، فقال : إن توفّي

(١) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج٣ص٧٠ ح٢٢ ، التهذيب ج٩ ص٢١٨ ح٧، الوسائل ج١٣ ص٤٢٣ ب٣٩ ح٣ وما في المصادر اختلاف يسير .

وعليه دين قد احيط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بالعبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حرّ إذا أوفى» .

واحتجّ الشيخ على ما فصّل من الحكم بصحيحة علي بن يقطين [(١)] «قال : سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن بيع المدبّر ، قال : إذا أذن بذلك فلا بأس به ، وإن كان على مولى العبد دين فدبّره فراراً من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبّره في صحّة وسلامة فلا سبيل للديّان عليه ويمضي تدبيره» .

وبموثّقة أبي بصير [(٢)] كما في التهذيب والكافي الفقيه «قال : سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل دبّر غلامه وعليه دين فراراً من الدين ، قال : لا تدبير له ، وإن كان دبّره في صحّة منه وسلامة فلا سبيل للديّان عليه» .

واجيب عنهما بحملهما على التدبير الواجب بنذر وشبهه، فإذا وقع كذلك مع سلامته من الدين فلا سبيل للديّان عليه فلا بأس ، وإن كان على مولى العبد دين فدبّره فراراً من الدين فلا تدبير له .

ويمكن أن يستأنس المشهور بصحيحة البزنطي عن الحسن بن علي بن أبي حمزة [(٣)] عن أبي الحسن عليه‌السلام «قال: قلت له : أبي هلك وترك جاريتين فدبّرهما وأنا ممّن أشهد لهما وعليه دين كثير ، فما رأيك ؟ قال: رضي الله عن أبيك ورفعه مع محمّد صلى‌الله‌عليه‌وآله وأهله عليهم‌السلام قضاء دينه خير له إن شاء الله تعالى» .

وكذا لو نذره فراراً من الدين لم ينعقد نذره لأنّه لم يتعمّد به الطاعة ، وهو محمل بعيد ، واحتمل فيه محدّث الوسائل عدم استيعاب الدين للتركة ، وهو أقرب ، ويحتمل التقيّة لأنّه مذهب بعض العامّة .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٦١ ح١٣ ، الوسائل ج١٦ ص٩٤ ب٩ ح١ .

(٢) لم نعثر عليه في الكافي ، الفقيه ج٣ ص٧٢ ح ١١ ، التهذيب ج٨ ص٢٦١ ح١٢ ، الوسائل ج١٦ ص٩٤ ب٩ ح٢ وما في المصادر «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام».

(٣) التهذيب ج ٨ ص٢٦٢ ح ١٦ ، الوسائل ج١٦ ص٩٥ ب٩ ح٣ وفيهما «قضاء دينه» .

الرابع عشر : إذا دبّر بعض عبده لم يسر في الباقي ، بمعنى أنّه ينعتق معجّلاً بعدعتق الجزء المدبّر ، لأنّ التدبير ليس بعتق خالص محقّق وإنّما هو وصيّة به ، وعلى تقدير كونه عتقاً معلّقاً لم يقع بعد ، فلا يدخل في عموم قوله «من أعتق شقصاً» وبعد انعتاقه لا يبقى المعتق مؤسراً بانتقال ماله عنه بالموت بخلاف ما إذا علّق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة و هو مؤسر ، وجوّزنا التعليق على الصفة فإنّه يعتق النصيب ويسري .

وللمرتضى قول بالسراية هنا وهو قول بعض العامّة كالعتق المنجّز لأنّه يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاد الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه ، ويردّ بمنع الاستحقاق أولاً بجواز الرجوع ومنع الملازمة على تقدير الاستحقاق مع عدم تحقّق العتق بالفعل لعدم المقتضي .

والفرق بين الاستيلاد والتدبير ظاهر ، إذ الاستيلاد كالاتلاف حيث إنّه يمنع التصرف بالبيع ونحوه من التصرفات المملكة ولا طريق إلى دفعه بخلاف التدبير.

ولو دبّر بعض المملوك المشترك بينه وبين آخر لم يسر على الشريك كما تقدم في عتق السراية، ولم يقوّم عليه نصيب الشريك لما تقدم من الدليل ، والمخالف هنا كالسابق والدليل الدليل والجواب الجواب ، بل هنا أولى بعدم السراية كما عليه أكثر الأصحاب .

ولبعض العامّة هنا قول آخر وهو تخيير الشريك بين أن يضمنه القيمة وبين أن يستسعى العبد وبين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه ، ولو كان المالك واحداً ودبّره أجمع ثمّ رجع في بعض التدبير فإنّه صحيح كما تقدم ، وكما يجوز له الرجوع في بعض الوصيّة دون بعض ولشمول تلك الأخبار له ، وحيث يرجع في البعض لا يسري بما بقي فيه التدبير على ما رجع فيه إلى محض الرقّ لما تقدم من أنّه ليس بعتق مطلقاً ، والخلاف والدليل والجواب فيها واحد .

أمّا لو كان مشتركاً بين اثنين فدبّراه معاً ثمّ عجّل أحدهما العتق ، فهل

يقوّم عليه نصيب الآخر؟ فيه قولان، وقد تقدم الكلام عليه في فروع عتق السراية أحدهما لا يسري، فذهب إليه الشيخ في المبسوط محتجّاً بأنّ له جهة يعتق بها وهي التدبير فلا يحتاج إلى جهة اخرى، والوجه التقويم لأنّه لم يخرج عن ملكه في التدبير فيدخل في عموم «من أعتق شقصاً».

أمّا لو كانت هذه الصورة بحالها لكن دبّر أحد الشريكين حصّته ثمّ عجّل عتقها سرى إلى نصيب الشريك قطعاً لعموم وتماميّة الملك وعدم المانع منه هنا.

وكذلك ما لو كانت الصورة بحالها لكن كان المعتق هو الشريك الذي لم يدبّر، فهل يسري إلى نصيب شريكه المدبّر؟ فيه القولان السابقان، فشيخ المبسوط لا يسري لأنّ حصّة التدبير لها جهة عتق، والأكثر - وهو الأصحّ - على ثبوت السراية لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

وليس في أخبارنا ما يدلّ على أصل هذه الفروع سوى ما تقدم في كتاب النكاح من صحيحة محمّد بن قيس وموثّقته وصحيحة محمّد بن مسلم وموثّقته[1] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه، قال: هو له حلال، وأيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي مات ونصفها مدبّر، قلت: أرأيت إن أراد منهما الباقي أن يمسّها، أله ذلك؟ قال: لا، إلّا أن يثبت عتقها فيتزوجها برضاً منها مثل ماأراد قلت له: أليس قد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منهما؟ قال: بلى، قلت: فإن هي جعلت مولاها في حلّ من فرجها وأحلّت له ذلك؟ قال: لا يجوز له ذلك، قلت: لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للّذي كان له حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: إنّ الحرة لاتهب فرجها ولا تعيره ولاتحلّله، ولكن لها من نفسها يوم وللّذي دبّرها يوم، فإنّ أحبّ أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي

(١) الكافي ج٥ ص٤٨٢ ح٣، التهذيب ج٧ ص٢٤٥ ح١٩ وج٨ ص٢٠٣ ح٢٣، الوسائل ج١٤ ص٥٤٥ ب٤١ ح١ وما في المصادر اختلاف يسير.

تملك فيه نفسها فيتمتّع منها بشيء قلّ أو كثر».

و هي صريحة في عدم السراية في التدبير و إن كانت بين شريكين و على جواز تعجيل عتق المدبّر بعد تدبيره وإن كان بعضاً منه.

وعلى هذا ينبغي حمل إطلاق صحيحة ليث المرادي[1] «قال: سألته عن الرجلين تكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمة للّذي لم يعتق: لاأبقى فقوّمني وردني كما أنا أخدمك، أرأيت الذي لم يعتق النصف الآخر أن يطأها، أله ذلك؟ قال: لا ينبغي له أن يفعل لأنّه لا يكون للمرأة فرجان، ولا ينبغي له أن يستخدمها ولكن له أن يستسعيها، فإن أبت كان لها من نفسها يوم وله يوم».

و كذا خبر أبي الصباح الكناني[2] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الرجلين تكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمة للّذي لم يعتق نصيبه لا اريد أن تقوّمني، ردني كما أنا أخدمك، و أنّه أراد أن يستنكح النصف الآخر، قال: لاينبغي له أن يفعل لأنّه لا يكون للمرأة فرجان، و لا ينبغي أن يستخدمها ولكن يقوّمها فيستسعيها» على أنّ العتق هنا فيهما مراد به التدبير وإن بعُد من لفظها.

ويمكن حملها على ما تقدم حيث إنّ المعتق ليس بمؤسر فلا يقع السراية بل يكون الخيار لمالك النصف الثاني بين إبقائها واستسعائها بعد التقويم، كما هو مذهب جماعة من المتأخّرين. والعجب من الأصحاب قديماً وحديثاً حيث لم يتعرضوا لشيء من هذه الأخبار في مثل هذه المسائل والأحكام مع أنّهم قد تعرضوا

---

(١) الكافي ج٥ ص٤٨١ ح١، التهذيب ج٨ ص٢٠٣ ح٢٢، الوسائل ج١٤ ص٥٤٦ ب٤١ ح٢ ومافي المصادر اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج٥ ص٤٨٢ ح٢ وفيه «ذرني كما أنا»، الوسائل ج١٤ ص٥٤٦ ب٤١ ح٣ وفيهما «لم يعتق نصفه».

لها في كتاب النكاح و قدحوا في أحكامها المشتملة عليه و تلقّاها بعضهم بالقبول وهو المعتمد، إلّا أنّه باعتبار التدبير وعدم السراية به لم يطعن أحد فيها لمطابقتها قواعد التدبير والسراية ، فكان عليهم أن يذكروها هنا .

الخامس عشر : إذا أبق المدبّر المعلّق تدبيره على موت مولاه بطل تدبيره و كان هو ومن يولد بعد الاباق رقّاً ، فظاهر الأصحاب الاجماع على هذا الحكم وفي الخلاف صرح بدعوى إجماعهم عليه ، والأخبار به مستفيضة .

منها رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي [(١)] «قال : سألته عن جارية مدبّرة أبقت من سيّدها مدة سنين كثيرة ثمّ جاءت بعدما مات بأولاد ومتاع كثير وشهد لها شاهدان أنّ سيّدها قد كان دبّرها في حياته من قبل أن تأبق ، قال : فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنّها وجميع ما معها فهو للورثة ، قلت: لا تعتق من ثلث سيّدها ؟ قال : لا ، إنّها أبقت عاصية لله ولسيّدها فأبطل الاباق التدبير» .

ورواه الصدوق بإسناده عن محمّد بن مسلم[(٢)] ورواه أيضاً مرسلاً .

وموثّقة العلاء بن رزين [(٣)]عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنّه عبد فولد له و كسب مالاً فمات مولاه الذي دبّره فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد ، فماترى ؟ فقال : العبد وولده رقّ لورثة الميّت ، قلت : أليس قد دبّر العبد ؟ فذكر أنّه لمّا أبق هدم تدبيره ورجع رقّاً» .

---

(١) الكافي ج٦ ص٢٠٠ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص٩٥ ب١٠ ح١ وفيهما «أبي جعفر الاول» مع اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج٣ ص٨٧ ح٤ ، المقنع ص١٦٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٦٥ ح٢٩ و فيه «و ولده لورثة الميت» ، الوسائل ج ١٦ ص٩٦ ب١٠ ح٢ .

و قدح ثاني الشهيدين في كلّ من الروايتين بضعف طريقهما ، ثمّ إنّه أجاب عنهما بأنّهما منجبران بالصحّة أو الاجماع، وهذا بناءً على الاصطلاح الجديد وعلى عدم الموثّق في الضعيف ، وقد فرقوا بين الاباق و الارتداد حيث لم يكن الارتداد مبطلاً للتدبير مع اشتراكهما في معصية المولى ، و كون الثاني أقوى من حيث إنّ معصية الله تعالى أعظم ، إلّا أنّ الاباق لمّا كان يقتضي معصية المولين معاً والمولى الآدمي محتاج إلى خدمته فقوبل بنقيض مقصوده حيث قوّتها عليه بخلاف معصية الله تعالى بالارتداد فإنّه غنيّ عنه ولا تعلّق لذلك بالمولى المحتاج ، و هو تعليل متكلّف مع النصّ الذي هو الأصل في الحكم وينتقض بإباقه من عند المخدوم الذي علّق تدبيره على موته فإنّه لا يبطل بإباقه كما سيجيء وتقدم أيضاً مع اشتراكهما في الحاجة ، وإنّما الفارق النص . وعلى هذا فلا يبطل تدبير المملوك الارتداد إلّا أن يلتحق بدار الحرب فيبطل للاباق ، ولو مات مولاه قبل الالتحاق تحرر .

وبالجملة: أنّ المشهور بين علمائنا ـ حتّى كاد أن يكون إجماعيّاً إلّا من الاسكافي على ما سيجيء ـ أنّ الارتداد لا يبطل التدبير مطلقاً وإن حكم بقتله للأصل مالم ينظمّ إليه الاباق بأن يلتحق بدار الحرب فيبطل من حيث الاباق كما تقدم.

وخالف الاسكافي حيث اكتفى في بطلان تدبيره بأحد أمرين: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب ، فيبطل من حيث الاباق والارتداد معاً . و كلاهما ممنوع ،إذ لا دليل على البطلان بمجرد الارتداد ؛ وإلحاقه بالاباق قياس مع وجود الفارق كما أشرنا إليه في السابق من حاجة المولى و غناء الله تعالى ،والتحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسير إليه كما اشترطه هو في الالتحاق بدار الحرب في كلامه لكون الاباق علّة مستقلّة للبطلان . فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده و قبل فراره إلى دار الحرب أو إباقه بغيره تحرر لوجود المقتضي للعتق، فإن قتل قبل مولاه من حيث الارتداد بطل ،كما لو مات حتف أنفه .

السادس عشر : لمّا كان بطلان التدبير بالاباق على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موردالنصّ فيه وهو إباقه من المولى المعلّق تدبيره بوفاته.

أمّا لو جعل خدمته لغيره و علّق تدبيره على وفاة المخدوم لم يبطل بإباقه للأصل وصحيحة يعقوب بن شعيب(١) الّتي مرّ ذكرها مراراً حيث قال فيها «عن الرجل يكون له الخادم فيقول : هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعدما أبقت؟ فقال :لا، إذا مات الرجل فقد عتقت ».

وباشتمالها على هذا الحكم ردها ابن إدريس ومن قال بمقالته لماثبت من الاباق على كلّ تقدير يلزمه إبطال التدبير فلا يكون هذا تدبيراً ،وقدمرّ الكلام في ذلك منقّحاً ومجاباً عمّا أورده ابن إدريس

وبقي مالو علّق تدبيره بوفاة الزوج أو غيره حيث يجوز مابقي ومقتضى هاتين القاعدتين تابع لخدمته ، فإذا لم تكن مجعولة لغير المولى بطل تدبيره بإباقه وإن لم يكن كذلك لم يبطل تدبيره بإباقه . وإن جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة غير المخدوم كالزوج فأبق ففي بطلان تدبيره بذلك نظر، إذ كلّ واحد من الروايات الوارده من الجانبين لاتتناول هذا الفرد،لأنّه موردها في البطلان المعلّق على وفاة المولى ،وفي عدمه معلّق على وفاة المخدوم و الأصل يقتضي عدم البطلان.

ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره و علّق تدبيره على وفاة المخدوم كان حسناً، لأنّ القاعدة والأصل بطلانه بالاباق وصار في تعليقه على وفاة المخدوم غير مبطل على خلاف ذلك الأصل بالنظر إلى ماذكره الأصحاب فيقتصر على مورده لأنّ ظاهرهم الاتّفاق على أنّ الاباق مبطل له إلّا ماأخرجه الدليل، هذا عند من أثبته كما هو المختار.

أمّا عند من أسقط التدبير المعلّق بوفاة غير المولى والمخدوم نظر إلى عدم النصّ

(١) التهذيب ج٨ ص٢٦٤ ح٢٨ ، الوسائل ج١٦ ص٩٦ ب١١ ح١ .

الدالّ على الصحّة. و الاشكال مندفع لانتفاء ما بني عليه هذا الحكم كما عرفت وبمقتضى التعليل الذي علّل به البطلان بالاباق ـ أعني مقابلة نعمة المولى وخدمته بالاباق والكفر إن أوجب اه البطلان ـ فتثبت الصحّة في التدبير المعلّق على وفاة الزوج وإن حصل الاباق لعدم الوقوف على دليل يقتضي التعميم كما وقع للأصحاب في هذا المقام.

السابع عشر: إذا اكتسب المدبّر مالاً بعد موت مولاه وانعتاقه في الجملة فإن نهض به الثلث كان الجميع حراً ويكون الكسب تابعاً له لوقوعه حال الحريّة، وإن لم ينهض به الثلث وعتق منه شيء كان الكسب تابعاً لما فيه من الرقّيّة والحريّة بالنسبة، هذا إذا كان عتقه معلّقاً على وفاة المولى.

أمّا لو كان معلّقاً على وفاة غيره كمن جعلت له الخدمة أو كالزوج وتأخّر موته عن موت المولى فإنّه باقٍ على التدبير والرقّيّة إلى أن يحصل موت المعلّق عليه العتق أو الوصيّة.

وهل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره فيما بين وفاة المولى والمخدوم كما كان ذلك جائزاً للمولى؟ نظر: من إطلاق النصوص والفتاوى بجواز الرجوع في التدبير ما لم يحكم بعتقه، ومن إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبّر، و من ثمّ لم يجز له الرجوع في تدبير أولاد المدبّر المتجددين بعد التدبير من حيث إنّه لم يدبّر وكان وارثه من حيث إنّه لم يدبّرهم فكان وارثه بالنسبة إلى تدبير المورث بمنزلة المولى في تدبير الأولاد. و ربما فرق بينهما بأنّ الوارث قائم مقام المورثون ووارث حقّه من المال وما يتعلّق به من الحقوق كحقّ الخيار و الشفعة، و هذا منها بخلاف تدبير الأولاد لاستناده إلى الله تعالى لا إلى المولى فذلك لم يكن له الرجوع فيه، وللنصوص الدالّة عليه وهي مفقودة هنا مع أصالة بقاء الملك على مالكه و جواز تصرف المالك في المملوك بأنواع التصرفات إلى أن يثبت المزيل.

الثامن عشر: إذا كان للمدبّر مال غائب عن الورثة أو دين على معسر لم يمكن استيفاؤه لم يعتق جميع المدبّر لأنّ عتقه موقوف على إيصال الورثة من التركة ضعفه.

وهل يعتق ثلثه معجّلاً؟ فيه وجهان، أصحّهما وهو الذي قطع به الأكثر وقواه شيخ المبسوط وقطع به المحقّق في الشرايع أنّه يعتق لأنّ الغيبة لا تزيد على العدم، إذ لو لم يكن له إلّا هذا المدبّر انعتق ثلثه فكذلك عند الغيبة، وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيّد له ويوقف الباقي، فإن وصل المال إلى الوارث تبيّن عتقه أجمع وصار كسبه تابعاً له.

والقول الثاني أنّه لا يعتق حتّى يصل المال إلى الورثة، لأنّ في تنجيز العتق تنفيذاً لمتبرع به قبل تسلّط الورثة عن الثلثين، إذ لابدّ من التوقّف في الثلثين حتّى يتبيّن حال الغائب كما تقدم نظيره في الوصايا فيما لو أوصى بعين تخرج من الثلث و كان باقي المال غائباً، فإنّ في تسلّط الموصى له الوجهين و أصحّهما كما هنا.

و يتفرع على الوجهين فروع منها ما إذا كان قيمة المدبّر مائة و الغائب مائتين فحصّته مائة، فعلى المختار يعتق ثلثاه لأنّ ثلثه عتق في الحال، فإذا حضر مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً، و على الثاني يعتق نصفه لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مائة وتلفت مائة استقرّ العتق في ثلثيه وتسلّط الورثة على ثلثه وعلى المائة و ربما يخرج على الوجه الثاني أنّ للورثة التصرف في الثلثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاةً للحقّين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقص تصرفه. والأصحّ خلاف ذلك كلّه، و كما يوقف كسبه في الثلثين قبل وصول المال توقّف نفقته بمعنى أنّه ينفق عليه منه، فإن وفى وإلّا أكمل الوارث، فإن حضر المال و عتق المال رجع الوارث بما غنم منها.

التاسع عشر: التدبير والمكاتبة حينئذٍ قد يجتمعان، ويتفرع على اجتماعهما مسائل:

الاولى: إذا كاتبه ثمّ دبّره صحّ لعدم المنافاة، فإنّ الكتابة لازمة لا تبطل بطروّ الجائز عليها، والكتابة وإن اقتضت تمليك المكاتب نفسه إلّا أنّه ليس ملكاً تامّاً فلا يعارضه التدبير، و لهذا جائز تعجيل عتقه . و حينئذٍ فيجتمع فيه سببان موجبان للعتق أيّهما سبق تحقّق العتق به، فإن أدى مال الكتابة في حياة المولى عتق و بطل التدبير و من ثمّ جاز تعجيل عتقه. و حينئذٍ فيجتمع عليه الأمران فإن أدى مال الكتابة في حياة المولى عتق وبطل التدبير ، فإن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابة و بقي التدبير ، فإن مات قبل الأداء و التعجيز عتق بالتدبير إن احتمله الثلث وتبعه ولده .

لكن يبقى البحث والكلام في حكم كسبه في حال الحياة بعد الكتابة فإنّه تابع للكتابة غير تابع للتدبير ، و في بطلان الكتابة حينئذٍ و جهان سيأتيان في أحكام الكتابه . مثلهما ما لو أعتق السيّد مكاتبه قبل الأداء، والوجه أنّها لا تبطل للأصل فإن بقي من الأحكام شيء ويتوقّف عليها تأدى بها ، ولو عجز الثلث من عتقه عتق ما يحتمله وسقط من مال الكتابة بحسبه وبقي الباقي مكاتباً .

الثانية : أن يدبّره أولاً ثمّ يكاتبه ، وفي ارتفاع التدبير به قولان مشهوران مبنيّان على أنّ التدبير وصيّة أوعتق، فعلى الاولى تبطل كما تبطل الوصيّة بالعبد لانسان، ثمّ يكاتبه لأنّ العبد يصير بالكتابة ملكه لنفسه،فكان السيّد قدزال ملكه عنه فيكون الحكم كما لو باعه ، و هذا اختيار الشيخ .

والأكثر على الثاني لا يبطل ، لأنّ مقصود « بالكتابة » العتق أيضاً فيكون مدبّراً ومكاتباً، خصوصاً على القول بأنّ التدبير لا يبطل بالبيع، والأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعاً ، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف في بطلانه، وعدمه أولى، وهذا اختيار الاسكافي والقاضي .

وهو ظاهر الرواية الواردة في حكم هذه المسألة وهو ما رواه الشيخ والصدوق في التهذيب و الفقيه في الصحيح عن أبي بصير ليث المرادي(١) «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام

(١) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٨، التهذيب ج٨ ص٢٦٣ ح٢٥، الوسائل ج١٦ ص٨٩ ب٣ ح١ .

عن العبد و الأمة يعتقان عن دبر ، فقال : لمولاه أن يكاتبه إن شاء » .

أمّا ما جاء في خبر وهب بن وهب [١] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « أنّ عليّاً عليه السلام قال: لا يباع المدبّر» فمؤيّد لهذا الخبر في جواز المكاتبة بعد التدبير، ويجب حمله وحصره على الاستحباب لما تقدم من جواز بيعه من الأخبار الصحاح الصراح ولو يؤيّده أيضاً ما دلّ من الأخبار على جواز المكاتبة عموماً ، وعلى هذا يكون مدبّراً مكاتباً كما لو دبّر عبده المكاتب ، فإن أدى النجوم عتق بالمكاتبة، وإن مات السيّد قبل الأداء عتق بالتدبير ، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث و بقيت المكاتبة في الباقي، وإن أدى قسطه عتق، ويقوى هذا مع تصريحه بعدم إرادة الرجوع، أمّا مع الاطلاق واشتباه الارادة فالأول أوجه .

الثالثة : أن يدبّره أولاً ثمّ يقاطعه على ما يكسبه ليعجل له العتق ، وهذا لا يقتضي إبطال التدبير قطعاً ، لأنّ عاقبة الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعله والمقاطعة غير لازمة لأحدهم وإن استحبّ الوفاء بها فلا تكون منافياً، والمال الذي يكتسبه للمقاطعة ملك للمولى فلا يتغيّر حكم الرق .

ويؤيّده ما في صحيحة محمّد بن مسلم [٢] المرويّة في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر عليه السلام «في المملوك يعطي الرجل مالاً ليشتريه ليعتقه، قال: لا يصلح له ذلك» .

ووجه عدم الصلوح حيث إنّ مال المملوك مال لسيّده فلا يشترى ماله بماله فكيف يصحّ عتقه من الأجنبي بعد شرائه من مال المملوك .

العشرون :إذا دبّر حملاً صحّ و لا يسري إلى امّه ، و لو رجع في تدبيره صحّ ، فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر من حين التدبير صحّ التدبير فيه لكشفه عن وجوده وقت التدبير، و إن كان لأكثر يحكم بتدبيره لاحتمال تجدده ، وهذا

(١) التهذيب ج٨ ص٢٦٢ ح١٧ ، الوسائل ج١٦ ص٨٩ ب٤ ح٢ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٤ ح٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٦٩ ، الوسائل ج١٦ ص٣٦ ب٢٦ ح١ .

مذهب الشيخ وجماعة منهم المحقّق في الشرايع لاحتمال الحدوث .

وينبغي الفرق بينهما إذا كانت خالية من القرائن وعدمه كما سبق في نظائره، لأنّ الأصل المذكور وإن كان ثابتاً في الحالين إلّا أنّ الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء متجدد وصيانة حال المسلم على تقديره من الحمل على الرقّ كما تقدم في حكم أولاد التابعين للمدبّرين في التدبير. وكما يصحّ الرجوع في مدبّر المدبّر بالمباشر يصحّ الرجوع في تدبير هذا الحمل قبل وضعه لاصول المقتضي له و انتفاء المانع إذ لا مانع سوى كونه حملاً ، وهو لا يصلح المانعيّة لدخوله في العموم .

وخالف في ذلك بعض العامّة حيث منع من الرجوع في التدبير للقول مطلقاً بل مقصور على الفعل وهو الاخراج عن الملك ، والحمل لا يمكن إخراجه بالبيع منفرداً بل بالتبعيّة لامّه ، فإذا باعهما كذلك صحّ الرجوع عنده وإلّا فلا . ولمّا ثبت أنّ الرجوع جائز بالقول مطلقاً كالفعل صحّ في الحمل كغيره لاشتراكهما في التدبير، فلا فرق إذاً إلّا بما تقدم من أنّه لا يكون بالفعل إلّا في موضع يصحّ إفراده بالنقل كالهبة والصلح لا بدونه .

الحادي والعشرون : قد صرح جماعة ممّن ذهبوا إلى أنّ البيع والامهار من مدبّر ليس رجوعاً في التدبير بل يبقى على تدبيره وإن قلنا بجواز رجوع المدبّر في التدبير بعد نقله لغيره بناقل لازم كالبيع و الاصداق ، فيتفرع عليه فرع هو موضع خلاف بينهم و هو أنّه إذا رجع البائع و الزوج في التدبير بعد بيعه أو جعله صداقاً فهل ينتقل ملك الرقبة إلى المشتري والزوجة ؟ أو يعود إلى ملك البائع والزوج ؟ فيه وجهان ينشآن : من انتقاله عنه إلى من نقله إليه و إنّما هو متزلزل بقبوله للعتق بموت المولى لا بغيره بسبب التدبير لا بغيره والتدبير قد أبطل فزال التزلزل بزوال سببه، ومن أنّه باعه مدبّراً و قد بقي حكم التدبير على حاله مع البيع ، و البيع متصرف إلى خدمته ، و حكم التدبير أنّ للمدبّر الرجوع فيه وإبطاله فيرجع إليه .

والتحقيق أن نقول: إمّا أنّ البيع يتناول خدمته خاصّة لارقبته، أو نقول: يتناول الرقبة و ينتقل إلى المشتري متزلزلاً . فعلى الأول يرجع بالرجوع إلى البيع بمعنى استقرار ملك الرقبة، فإنّ بالتدبير يتزلزل ملك المدبّر و ببطلانه يستقرّ كما كان أولاً . و على الثاني الأقرب أن يعود إلى المنتقل إليه كالمشتري والزوج لأنّ البائع أخذ العوض عن العين بعقد لازم وأبطل التدبير برجوعه فانتفى التزلزل و استقرّ ملك المشتري ، أو أنّ العتق كان حقّاً للمدبّر بسبب التدبير وقدزال فزال حقّه، ويحتمل عوده إلى البائع أيضاً لأنّه إنّما باعه على أنّه مدبّر و أحكام التدبير ثابتة فيه ومن جملتها جواز رجوع المدبّر فيه وعود ملكه إليه كما كان في بيع الخيار ، وهاهنا فروع :

الأول : أنّه على القول بصحّة التدبير مع البيع أو الاصداق و عدم جواز رجوع المولى أو بعدم نفوذ الرجوع ينعتق المدبّر بمجرد موت المولى ، و ليس العتق فسخاً للبيع سواءقلنا بالانتقال المتزلزل أوبصرف العبد إلى خدمته بل بالثمن كلّه للبائع وينعتق المدبّر ويزول حقّ المشتري منه .

الثاني : إذا قلنا ببطلان التدبير برجوع المولى فيه مع بقاء البيع ، فإن قلنا بانصراف البيع إلى خدمته ورجوع الرقبة إلى المولى كانت الخدمة حياة المولى للمشتري وبعده لورثة البائع .

الثالث : على القول بانتقال الرقبة انتقالاً متزلزلاً يحتمل استقرار ملك المشتري على الرقبة ويستمرّ ملكه على الخدمة أيضاً ، وليس للمولى في مقابلة إزالة التزلزل شيء ، وأمّا على احتمال رجوع الرقبة إلى المولى فتكون الخدمة مدة حياته للمشتري لأنّ الرقبة تابعة هنا كماتقدم في ضمن الآبق إلىغيره في البيع وأمّا بعد موته المولى اوارثه[1] .

---

(١) كذا في النسخة .

الرابع : أنّه على تقدير رجوعه إلى المولى هل له أن يدبّره مرة اخرى أو يعتقه أم لا ؟ الأقوى جوازهما لعدم المانع . وهل يجزي عن الكفّارة أم لا ؟ قولان، والأقوى أنّه لايجزي .

وكلّ هذه الفروع عندنا منتفية لأنّه بمجرد البيع والاصداق وما شابههما يبطل تدبيره .

الثاني والعشرون: هل يبطل التدبير بالعقود الفاسدة كما يبطل بالعقود الصحيحة ؟ قولان، و تحقيق هذين القولين هو أنّه إذا تعقّبت هذه العقود الفاسدة للتدبير فإمّا أن يعلم فسادها أو لا ، وعلى التقديرين إمّا أن يقصد بها الرجوع أو لا ، فالأقسام إذاً أربعة :

الأول: أن يعلم فسادها ويقصد الرجوع بها، والأقرب أنّه يكون رجوعاً وفاقاً للعلّامة في القواعد لأنّ له الرجوع ويحصل بكلّ لفظ أو فعل يقصد به الرجوع.

الثاني : أن لايعلم بفسادها فيقصد الرجوع فيكون رجوعاً كما تقدم

الثالث : أن يعلم بفسادها ولايقصد الرجوع فلا يكون رجوعاً .

الرابع: أن لايعلم بفسادها ولايقصد به الرجوع فيكون رجوعاً لأنّه أوقع عقداً وأراد صحّته ، وإرادة أحد الضدين ينفي الآخر .

ويحتمل أن لايقتضي البطلان لأنّها عقود باطلة فلا يترتّب شيء من آثارها عليها ، وبطلان التدبير من جملة آثار الصحّة فلايحصل ، ولأنّه موقوف على أنّ إرادة إيجاد أحد الضدين يستلزم إرادة نفي الآخر ، وفيه منع لجواز الغفلة عنه.

الثالث والعشرون: إذا كان المشتري للعبد المدبّر جاهلاً بتدبيره وقلنا بأنّ البيع لاينقض التدبير بل ينتقل البيع إلى خدمته ومنافعه فإمّا أن يكون قد تصرف أو لا ، فإن كان قد تصرف فله الأرش سواء كان قد علمه قبل تحريره بموت المولى أو بعده ، فإن لم يتصرف كان له الردّ سواء كان قد انعتق بموت المولى أولم يعتق .

ثمّ إنّ جاهل الحكم هنا هل يعذر كجاهل التدبير؟ فيه إشكال منشأه أنّ جاهل الحكم لو عذر لارتفعت الأحكام الشرعيّة، وعموم النص على أنّ جاهل الحكم لا يعذر ولأنّ قوله تعالى «فلولا نفر من كلّ فرقة منهم طائفة ليتفقّهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلّهم يحذرون»[1] فيقتضي وجوب علم الأحكام بالأدلّة على الكفاية، و قوله تعالى «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون»[2] فأوجب التعليم بالتقليد فلا يعذر، ومن أنّه حكم خفيّ لا يكلّف المسلم به، قيل: والأقوى عدم المعذوريّة.

الرابع والعشرون: إذا دبّر المريض عبداً تجتمع فيه قيود أربعة:

الأول: أن تكون قيمته قبل التدبير ثلاثين.

و ثانيها: نقص قيمته إلى أن صارت إلى عشرة دراهم، فهذا النقص ليس للسوق بل بسبب نقص صفة هي استقرار الملك، فإنّ التدبير يزيل الاستقرار.

و ثالثها: كلّ جزء يبطل التدبير فيه تعود قيمة ذلك الجزء إلى ما كان قيمته أولاً وهي نسبته من الثلاثين، و كلّ جزء يصحّ تدبيره فقيمته نسبته من العشرة إي ينقص قيمته الأصليّة إلى نسبته من العشرة.

ورابعها: أنّ التنقيص بالبيع لا ينقص القيمة.

فبيان هذه المسألة متوقّف على مقدمات:

(اولاها) كلّما يصحّ فيه البيع فقد وصل إليه العوض عنه، وببطلان التدبير فيه ترجع الرقبة إلى المشتري، فلا فائدة للبائع في إبطال تدبيره مايصحّ فيه البيع ولأنّ التدبير بالنسبة إلى المشتري لازم كشرط العتق كما تقدم، فليس للمشتري إبطاله، و كلّما يصحّ فيه التدبير فقد بيع بقيمته بلا محاباة وتزلزل البيع وهو بالمحاباة إن لم يخرج من الثلث، ومعنى التزلزل إن أجازها الوارث صحّ وإلّا فلا.

(١) سورة التوبة - آية ٩.

(٢) سورة النحل - آية ١٦.

(وثانيها) كلّما نقص بالتدبير من القيمة يحسب على العبد المدبّر ، لأنّه متبرع عليه به لأنّه لنفعه ويفرض كالموجود بالنسبة إلى العبد .

(وثالثها) ماصحّ فيه التدبير لايحسب على المشتري إلّا بقيمة ناقصة ، لأنّ التدبير لازم بالنسبة إليه وهو من لوازم صحّة البيع فيمضي بيعه من الأصل .

(ورابعها) أنّ الجزء الذي بطل فيه التدبير وعادت قيمته يحسب على الورثة بالقيمة الزائدة حيث رجعت إليهم .

(وخامسها) كلّما حصل للورثة من ثمن الجزء الذي صحّ البيع فيه وهو ما بطل فيه التدبير بقيمته الزائدة يكون مثلي ما نقص من قيمة الجزء الذي صحّ فيه التدبير لأنّه المحسوب من الثلث ، وأمّا ماقابل العوض الذي جعل ثمناً للجزء الذي صحّ البيع فيه وصحّ التدبير فإنّ تدبيره يمضي من الأصل بوصول عوضه .

وإذا تقررت هذه المقدمات انكشف كون هذه المسألة من المسائل الدوريّة لأنّه لايمضي البيع والتدبير في الكلّ لأنّهما متلازمان، وصحّتهما تستلزم المحال لاستلزامه تصرف المريض في أكثر من الثلث، وكلّما استلزم المحال كان محالاً ، وهو بديهيّ لايحتاج إلى البرهان .

وهاهنا ثلاثة أشياء: ما صحّ فيه التدبير ومابطل فيه التدبير والتركة، يتوقّف العلم بكلّ منهما على العلم بالآخرين وبالعكس، فالدور لازم من وجوه ثلاثة :

أولها: أنّه يتعيّن معرفة كمّيّة التركة على معرفة مابطل فيه التدبير، ومعرفة كمّيّة ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفة التركة، لأنّه إذا بطل من التدبير شيء عادت قيمته الاولى فيجب على الورثة فيكون جزءً من التركة، فيتوقّف العلم بالتركة على العلم بما بطل فيه التدبير لتوقّف العلم بالكلّ على العلم بالجزء ، ولكن معرفة مابطل فيه التدبير موقوف على معرفة كمّيّة التركة بحيث يعلم أنّ ثلثها ينقص عنه ولايحتمله، فيتوقّف معرفة كلّ منهما على معرفة الآخر.

وثانيها : أن يتوقّف معرفة كمّيّة ماصحّ فيه التدبير على معرفة كمّيّة

التركة ، وهذا ظاهر ، ويتوقّف معرفة التركة على معرفة ماصحّ فيه التدبير لأنّه لايعلم كمّيّة التركة حتّى يعلم ماصحّ البيع فيه من الثمن للبائع واستقرّ عليه ملكه، ولا يعلم ما صحّ البيع فيه من الثمن إلّا مع معرفة قدر ماصحّ فيه البيع من المبيع وذلك هو ماصحّ فيه التدبير ، فقد توقّف كلّ منهما على الآخر .

وثالثها: أنّه لايعلم قدر ما استقرّ فيه التدبير حتّى يعرف استقرار ملك الورثة على ضعفه كما علمت، وهذا الوصف لا يعلم إلّا بعد معرفة قدر ماصحّ فيه فيدور.

والجواب عن هذا كلّه بأنّ هذه الأدوار ترجع إلى دور المعيّنة لادور توقّف ، والمستحيل هو الثاني كما تقرر في محلّه، وطريق استخراجه أن نقول: قد صحّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن فيكون في الذي صحّ فيه البيع من العبد في تقدير ثلاثة أشياء ، لأنّ الثمن ثلث قيمة العبد ، وكلّما صحّ فيه البيع صحّ فيه التدبير، وقيمته الأصليّة محسوبة على العبد ويملك الوارث ضعفه .

وأمّا الجزء الذي حصل لهم من الثمن ليساويه فلا يحتسب تدبيره من الثلث كما تقدم، فيكون للورثة من العبد ماصحّ لهم من الثمن،أعني مقابلة ماصحّ البيع فيه من الثمن أربعة أشياء منها من الثمن شيء يبقى ثلاثة أشياء من العبد لأنّه لا يملك المريض غير ذلك ، فيكون العبد باعتبار القيمة الاولى في تقدير ستّة أشياء فالشيء خمسة لأنّ الثلاثين عند بسطها على الستّة تخرج خمسة فنقول :

صحّ البيع في خمسة من العبد و هي لسبب النقص باستقرار التدبير نصف خمسة من الثمن وهي في تقدير خمسة عشر ، لأنّ العشرة بالتدبير حسبت على العبد فيملك الورثة ضعفها فيبطل البيع في نصف العبد وهو يساوي خمسة لو صحّ فيه التدبير لكنّه بطل فصار يساوي خمسة عشر فيحسب على الورثة العشرة الزائدة فيصحّ البيع في نصف العبد ويبطل من الثمن نصفه في مقابلة نصف العبد وهي خمسة هي قيمته مدبّراً ، أو نقول :

بطل البيع في شيء من العبد وبطل من الثمن شيء في مقابله ، فصار لتركة البائع المدبّر شيء من العبد و عشرة الأشياء من الثمن ، والشيء الذي من العبد

في تقدير ثلاثة أشياء كما تقدم ، فتجبر العشرة بشيء من الثلاثة أشياء فيصير معه عشرة وشيئان هي مثلا مافات من التدبير ، ولم يحصل في مقابله للورثة عوض وهو شيئان فيكون عشرة كاملة و شيئان تعدل أربعة أشياء يسقط شيئان بمثلها فيبقى شيئان يساوي عشرة ، فالشيء خمسة وهو المطلوب .

المقصد الثامن
في عتق المكاتبة

وهو مشتمل على مسائل :

الاولى : في معناها شرعاً ولغةً وهي الكتابة مصدران مزيدان مشتقّان من المجرد وهو الكتب ، وهو لغةً الجمع والضم ، يقال: كتبت القربة إذا كتبت رأسها ومنه الكتابة لما فيها من ضمّ الحروف بعضها إلى بعض . والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض . فسمّي هذا العقد كتابةً لانضمام النجم فيه إلى النجم أو لأنّها توثق بالكتابة من حيث إنّها منجّمة مؤجّلة ، و ما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة ولذلك قال الله تعالى «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى فاكتبوه»[1] .

وقد علم أنّ عقد الكتابة خارج عن حدّ المعاملات من جهة أنّها معاملة بين السيّد وعبده ، وأنّ العوضين للسيّد وأنّ المكاتب على رتبة متوسّطة بين الرقّ والحريّة ، وليس له استقرار الأحرار ولاعجز المماليك ، ولذلك تكون تصرفاته مترددة بين الاستقلال و نقيضه لأنّ الحاجة داعية إليها ، فإنّ السيّد قد لاتسمح نفسه بالعتق مجّاناً ، والمملوك يتشمّر بالكسب تشمّره إذا علّق عتقه بالتدبير والأداء ، فاحتمل الشرع فيه ما لايحتمل في غيره كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجهالة للحاجة . وقد دلّ عليها الكتاب والسنّة والاجماع ، قال الله تعالى «والذين يبتغون الكتاب ممّا ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً»[2] .

---

(١) سورة البقرة ـ آية ٢٨٢ .

(٢) سورة النور ـ آية ٣٣ .

وأمّا السنّة الواردة في تفسير هذه الآية وغيرها فصحيحة الحلبي [١] عن أبي عبدالله عليه السلام «في قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : إن علمتم لهم ديناً ومالاً» .

وصحيحة محمّد بن مسلم [٢] عن أحدهما عليهما السلام «في حديث قال : سألته عن قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : الخير إن علمت أنّ عنده مالاً» .

وصحيحة الحلبي [٣] كما في التهذيب الحسنة كما في الكافي « في حديث أنّه قال في قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً» .

ومعتبرة العلاء بن الفضل [٤] عن أبي عبدالله عليه السلام «في قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : إن علمتم لهم مالاً» .

و خبر محمّد بن مسلم [٥] الصحيح أيضاً كما في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : الخير أن يشهد أن لا إله إلّا الله وأنّ محمّداً رسول الله صلّى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفة» .

وفي المقنع [٦] مرسلاً قال : «روي في تفسير قوله تعالى «إن علمتم فيهم خيراً» إن علمتم لهم مالاً» .

قال [٧] «روي في تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبّون آل محمّد صلّى الله عليه وآله فارفعوهم درجة» .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٧ ح١٠ ، الوسائل ج١٦ ص٩٩ ب١ ح١ .
(٢) الكافي ج٦ ص١٨٧ ذيل ح٧ ، الوسائل ج١٦ ص٩٩ ب١ ح٢ .
(٣) الكافي ج ٦ ص١٨٧ ح٩ ، التهذيب ج٨ ص٢٦٨ ح٨ ، الوسائل ج١٦ ص ٩٩ ب١ ح٣ .
(٤) الفقيه ج٣ ص٧٣ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٠ ب١ ح٤ والصحيح «العلاء ابن الفضيل» كما في المصدرين .
(٥) الفقيه ج٣ ص٧٨ ح٢٣ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٠ ب١ ح٥ .
(٦) و(٧) المقنع ص٣٨ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٠ ب١ ح٦و٧ .

الثانية : قد اتّفق الأصحاب على أنّها غير واجبة مطلقاً للأصل، كما لا يجب التدبير وشراء القريب ليعتق ، ولئلّا يتسلّط المملوك على سيّده ، ولكنّها مستحبّة مع علم الخير للمملوك بها ولقوله تعالى «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» والامامية وأكثر العامّة على أنّ الأمر هنا للاستحباب ولبعض العامّة قول بالوجوب . وقد اختلف في الخير المعلّق عليه رجحان الكتابة في الآية والأخبار .

وفي صحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي عبدالله عليه السلام أنّ المراد به الدين والمال وهما المعبّر عنهما في عبارات الأصحاب بالأمانة والاكتساب ، ووجه اعتبار الأمانة لئلّا يضيع ما يحصله فيصرفه إلى السيّد فيعتق والقدرة على الاكتساب ليتمكّن من تحصيل ما يؤديه .

وبعضهم فسّره بالمال خاصّة لصحيحة الحلبي الاخرى عن أبي عبدالله عليه السلام «في قول الله عزّ وجلّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال : كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً» .وقد رجّح هذا لأنّ فيه استعمال المشترك في أحد معنييه وفي الاولى استعماله فيهما معاً و هو مجاز عند مجاز عند مجوّزيه على أشهر القولين فلا يصار إليه بدون القرينة .

ويرده أنّ القرينة هنا موجودة وهي الرواية المتقدمة الصحيحة المؤيّدة بصحيحة محمد بن مسلم أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قد تقدمت وفيها «قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلّا الله وأنّ محمداً رسول الله صلى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب معه أو يكون له حرفة» وبما في المقنع مرسلاً وقدمرّ أيضاً حيث قال«وروي في تفسيرها:إذا رأيتموهم يحبّون آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم» .

بل جاء في موثّقة سماعة[1] ما يدلّ على الاكتفاء بالدين وإن لم يكن لهم مال كما هو مختار المحقّق في النافع «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن العبد يكاتبه

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٧ ح١١ وفيه «وهو يعلم انه لا يملك قليلا وكثيراً» ،الوسائل ج١٦ ص١٠١ ب٢ ح١ .

مولاه وهو يعلم أن ليس له قليل ولا كثير ، قال : يكاتبه وإن كان يسأل الناس ولا يمنعه المكاتبة من أجل أنّه ليس له مال فإنّ الله يرزق العباد بعضهم من بعض والمؤمن معان ويقال : المحسن معان» .

ورواه الشيخ من الموثّق أيضاً عن سماعة(١) وكذلك فقيه الفقيه إلّا أنّه قال «يرزق العباد بعضهم من بعض والمحسن معان» بدون قوله «والمؤمن معان» فكأنّ اشتراط المال لتأكيد الاستحباب .

فالقول بالاكتفاء بالمال وحده والدين وحده قويّ وأنّ تأكيد الاستحباب بهما معاً ، فلا يقال بأنّ صحيحتي الحلبي وما وافقهما من النصوص في الجانبين متعارضة على وجه لا يمكن الجمع ، أو أنّ المشترطة للدين والمال معاً مقدمة لأنّها مثبتة والمثبت مقدم، لأنّ جمعنا ما به بينهما دافع لهذا كلّه .

وإلى هـذا الجمع مال ثاني الشهيدين في المسالك حيث قال : نعم يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال عن القدرة على كسبه عملاً بالرواية الصحيحة، وبتأكيد الاستحباب مع وجود الوصفين نظراً إلى الخبر الآخر . إلّا أنّ قـول المحقّـق في الشرايع «ولو عدم الأمران كانت مباحة وكذا لو عدم أحدهما» ينافي ذلك ، انتهى وهو في محلّه .

ولو فقد الشرطان معاً لم يستحبّ لعدم المقتضي له،ولكن اختلفوا في إباحته بغير كراهة أو مع الكراهة إلى قولين :(أحدهما) للشيـخ في الخلاف وهي الاباحة بلا كراهة (والثاني) في المبسوط ، والأقوى الأوّل لعدم الدليل على الكراهة .

ومفهوم المخالفة في الآية إنّما ينفي تأكيد الاستحباب لأصل الاباحة ،ولو اتّصف بالايمان خاصّة لم يستحبّ عند جماعة لعدم المقتضي له .

وربما قيل بالاستحباب أيضاً لاستعمال الخير فيه وحده ، ولدلالة موثّقـة

---

(١) الفقيه ج٣ ص٧٦ ح١٣ ، التهذيب ج٨ ص ٢٧٢ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٦ ص١٠١ ب٢ ح١ .

سماعة على ذلك. فقد جاء في تفسير قوله تعالى «فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره» (١) يعني العمل الصالح وهو الدين، كذلك في قوله تعالى «والبُدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير» (٢) أي ثواب، كما جاء إرادة المال وحده في قوله تعالى «وأنّه لحبّ الخير لشديد» (٣) وقوله تعالى «إن ترك خيراً الوصيّة» (٤).

وضعّف ثاني الشهيدين هذا القول بأنّ استعمال المشترك في أحد المعنيين مجاز لا يجوز بدون القرينة كاستعماله في المعنيين وهي منتفية في جانب الدين وحده بخلاف المال، وقد ترجّح جانبه بالرواية الصحيحة.

ثمّ قال: والتحقيق أنّ إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز لأنّه في الشواهد المذكورة إنّما استعمل في العمل الصالح والثواب ونفس المال، والمراد هنا الأمانة والقدرة على التكسّب، وهما ليسا عملاً صالحاً ولا ثواباً ولا مالاً حقيقة وإنّما يكون الكسب سبباً في المال، وإطلاق اسم السبب على المسبّب مجازاً، كما أنّ إطلاق الأمانة القلبيّة على الأعمال الصالحة المتبادر منها إرادة أعمال الجوارح والثواب ولا يعرفه إلّا الله تعالى مجاز أيضاً. وحينئذٍ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل وهو موجود في إرادتهما وإرادة الثاني منهما دون الأول فكان العمل به متعيّناً.

وفيه نظر يعلم ممّا حقّقناه، حيث إنّ موثّقتي سماعة شاهدتان بالاستحباب مع وجود الأمانة وهي الدين وحده، كما أنّ صحيحة الحلبي الواردة في خصوص المال وكذلك ما ضاهاها من الأخبار دالّة على الاكتفاء به، إلّا أنّه ـ قدس سره ـ لمّا لم يراجع موثّقتي سماعه اقتصر على اشتراط المال وحده في الاستحباب ولم

(١) سورة الزلزلة ـ آية ٧.

(٢) سورة الحج ـ آية ٣٦.

(٣) سورة العاديات ـ آية ٨.

(٤) سورة البقرة ـ آية ١٨٠.

يكتف باشتراط الدين .

الثالثة: قد اختلف العلماء في أصل الكتابة،هل هي عتق بعوض ؟أو بيع للعبد من نفسه ؟أو معاملة مستقلّة ؟ ومنشأ الاختلاف وجود خواص كلّ من الأمرين ويشتركان في حصول العتق بالعوض ، وتظهر الفائدة في لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار وكوقوعها بصيغة البيع وبالعتق بالعوض .

والأظهر أنّها معاملة مستقلّة تتبعها أحكام خاصّة ،لا يلزم من مشاركتها لبعض المعاملات في حكم أن تلحق به مطلقاً .

والقول بأنّها بيع لأبي الصلاح الحلبي وابن إدريس ، والاستقلال مذهب الأكثر .

وأمّا القول بأنّها عتق بعوض فقد نسب إلى بعض أصحابنا ولم نعرف قائله .

ووجّه بعدها عن شبه البيع أنّه يقتضي المغايرة بين المتعاقدين والمبيع ، وهنا المبيع هو المشتري وهو يقتضي قبول المشتري للملك وهو منتف عن المملوك ويكون العوض ملكاً للمشتري والمعوض ملكاً للبائع ،وهما الأمران للمولى .

وقد خالف شيخ المبسوط حيث حكم بأنّها ليست بيعاً جوّز إيقاعها بلفظ البيع لافادة المراد منها . والأصحّ ما اختاره المحقّق ومن تبعه من عدم صحّتها بلفظ البيع لما تقدم من أنّ البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى شخص آخر فلا بدّ من تحقّق إضافة الملك بين المشتري والمبيع لتوقّف الاضافة على تغاير المضافين، وهنا ليس كذلك ،ولأنّ ملك العبد الحقيقي موقوف على حريّته، وحريّته موقوفة على تملّكه فيدور ، ولأنّ السيّد لا يباع عبده ، ومن ثمّ لا يصحّ بيعه مالاً آخر قولاً واحداً .

وعلى القول بصحّة البيع ــ كما عليه الشيخ لدلالة بعض الأخبار عليه ــ يثبت المال في ذمّته ويعتق في الحال كما لو أعتقه على مال ولا يثبت على هذا مع الكتابة خيار المجلس لأنّها ليست بيعاً وهو مخصوص به ، ومن جعلها بيعاً لزمه

جواز لحوق الخيار .

وربما فهم من كلام الشيخ في المبسوط أنّ الخيار منتفٍ هنا هو إن جعلنا بيعاً وجعل ذلك وارداً على من جعلها بيعاً ، هكذا فهم البعض من عبارة المبسوط.

وفيه نظر ، لأنّ تفريع الشيخ انتفاء الخيار إنّما هو على مذهبه ، ولهذا قال : الكتابة تفارق البيع من وجوه : أحدها أنّ الكتابة لابدّ فيها من أجل والبيع ليس كذلك ، و منها البائع يشترط لنفسه الخيار والسيّد لا يشترط في عقد الكتابة و يتّفقان في أنّ الأجل فيهما لابدّ أن يكون معلوماً ، ولا يصحّ كلّ واحد منهما إلّا بعوض معلوم .

والمراد بقوله «أنّ الكتابة لابدّ فيها من الأجل والبيع لا يفتقر إليه» أنّ البيع من حيث هو لا يفتقر إلى الأجل وإلّا فإنّ السلم منه مفتقر إليه ، فلتكن الكتابة كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل ، وبينهما مناسبة في ذلك إلّا أنّه موضع خلاف كما سيجيء .

الرابعة: لابدّ لهذه المعاملة من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد منه كما في سائر عقود المعاملات ، و القدر المتّفق على صحّته أن يقول له: كاتبتك على ألف درهم مثلاً تؤديه في نجمين وأكثر في كلّ نجم كذا ، فإذا أديته فأنت حر، فيقول : قبلت . ولو لم يصرح بتعليق الحريّة على الأداء و لكن قصده بقلبه ففي صحّته قولان :

(أحدهما) نعم ، وهو مختار المبسوط والشرايع ، لأنّ الكتابة دالّة على ذلك والتحرير غايتها فلا يجب التصريح بها كغيرها من غايات العقود ، خصوصاً لو جعلنا الكتابة بيعاً للعبد من نفسه لأنّه مقتضٍ للعتق ، فلا يحتاج إلى لفظ آخر وإنّما يفتقر إلى النيّة ، لأنّ لفظ المكاتبة مشترك بين المراسلة و المخارجة ، فاشتبهت المشترك المعنوي فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ ، وهذا قصد آخر غير القصد المعتبر في سائر العقود المميّز عن عقد النائم والساهي ، وقد تقدم تقريره مراراً .

(الثاني) وإليه ذهب في الخلاف وهو الظاهر من كلام الحلّي اشتراط التلفّظ

بقوله «فإذا أديت فأنت حر» يقتضيه اشتراك اللفظ - أعني المكاتبة بين الأمرين وبين المعاملة الخاصّة الشرعيّة - فلابدّ من لفظ مائز يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح ويردّ عليه أنّ مفهومها الشرعي متبادر ومفهوم منها والاطلاق منزل عليه .

ويتخرج على هذا في المسألة قول ثالث ، وهو عدم اشتراط القصد الخاصّ إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحة في معناها ، لأنّ اعتبار القصد المدعى في الاكتفاء باللفظ الأول يوجب عدم الاكتفاء به عند من منع من الكنايات واعتبر اللفظ الصريح ، فإن كان صريحاً لم يفتقر إلى القصد المميّز ، وإلّا لم يكن وإن ضمّ إليه القصد .وقريب من هذا الخلاف ماتقدم في التدبير من الاكتفاء بقوله «أنت مدبّر» .

ومخرج القولين فيهما على أنهما مشتهران في معنييهما عند العوام بحيث لا يعرفهما إلّا الخواصّ فكانا كناية،وبعضهم فرق بين اللفظين اكتفى في التدبير دون الكتابة ووجه الفرق بينهما وجهان :

(أحدهما) أنّ التدبير واضح المعنى مشهور عند كلّ أحد حتّى العوام ، بخلاف الكتابة فإنّ معناها الشرعي لا يعرفه إلّا الخواص .

(والثاني) أنّ التدبير كان مستعملاً معروفاً في الجاهليّة في معناه الشرعي والشرع إنّما قرره ولم يستعمل في معنى آخر ، والكتابة تقع على العقد المعلوم وعلى المخارجة وهو أن توصف على العبد المكتوب كلّ يوم خراجاً ولا يوجب له العتق به ، فلابدّ من المميّز بين اللفظ عند إرادة ذلك المعنى منه وبينه عند إرادة المعنى الآخر . وليس ثمّة سوى النيّة والقصد المخصوص .

والظاهر من الأقوال هو أنّ الكتابة كالتدبير وإن لم تتعقّل معناها ابتداءً سوى الخواصّ لأنّها قد صارت من الحقائق الشرعيّة ، فيحكم على التلفّظ بها وإن كان من العوام ، وإن لم يعلم بقصده كسائر الألفاظ المنقولة .

الخامسة : قد اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابة وعدمه ، فاعتبره الأكثر كشيخ المبسوط وأتباعه ومحقّق الشرايع وأكثر المتأخّرين الوجهين .

(أحدهما) اتّباع السلف ومن عهد النبي صلى الله عليه وآله وبعده، فإنّهم لا يأتون بالكتابة إلّا بعوض مؤجّل، فكأنّه إجماعي.

(والثاني) أنّه لولا التأجيل لثبت الحلول فتتوجّه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذٍ فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند الحلول، ولأنّه لا بدّ من ضرب أجل لئلّا يتطرق الجهالة الداخلة في الضرر المنهيّ عنه.

وفيهما نظر لمنع الاجماع على ذلك، ونقل أفراد خاصّة لا يقتضي كون جميع ما وقع كذلك. سلّمنا. لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإنّ الاجماع المعتبر في الاستدلال على مثل ذلك هو اتّفاقهم على بطلان المتنازع فيه لا عدم استعمالهم له، ولا يلزم من عدم ملكه في الحال على تقدير تسليم عجزه عن الايفاء مطلقاً لامكان ملكه عاجلاً ولو بالاقتراض، بل قد يوصي له بمال ولو قبل الكتابة ويموت الموصي قبل عقد الكتابة أو يوهب منه عقيب العقد أو يتبرع عنه متبرع فلا يتحقّق العجز، وقد يفرض جريان عقد الكتابة على قدر من الملح وهما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة ولا يلزم البطلان في الحال مطلقاً.

واجيب عنه بأنّ قبول الوصيّة والهبة لا بدّ وأن يتأخّر عن قبول الكتابة فيكون العوض لازماً قبل القدرة والتمكّن، وقد لا يتيسّر القبول، والملح لا يملك مالم يأخذه، والأخذ متأخّر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق.

والحقّ أنّ مثل هذه التعاليل لا تصلح قادحاً في صحّة العقود الشرعيّة التي جاءت الأخبار بإطلاقها في صحّتها من غير شرط شيء، ومن ثمّ ذهب شيخ الخلاف وابن إدريس إلى جوازها حالةً للأصل ولعموم قوله تعالى «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» خصوصاً على القول بأنّها بيع خالص أو عتق بعوض فإنّهما لا يتوقّفان على الأجل وإنّما يتوجّه القولان المذكوران على القول بكونها مستقلّة.

ولو ملك شقصاً من عبد باقيه حرّ فكاتب ما يملكه منه حالاً ففي صحّته وجهان مبنيّان على الوجهين السابقين. فعلى الأول لا يصحّ إتباعاً لما جرى عليه

الأولون. وعلى الثاني يجوز لأنّه قد يملك ببعضه الحرّ ما يؤديه فلا يتحقّق العجز في الحال.

ويصحّ البيع من المعسر لأنّ الحريّة مظنّة القدرة وإن لم يملك شيئاً آخر فإنّه قادر على أداء الثمن من المبيع، وحيث يعتبر الأجل أو أزيد يشترط ضبط كلّ أجل لنسية، ولا يشترط زيادته عن أجل واحد عندنا لحصول الغرض منه، ولو حصر الأجل في حدّ يتعذر حصول المال فيه عادة بطل على الثاني دون الأول.

السادسة: في شروطه باعتبار المتعاقدين وغيرها من الشرائط، وهي مشتملة على شرائط:

(أولها) بلوغ المولى وعقله، فلا تكفي العشر هنا وإن اكتفينا بها في العتق سواء أذن الولي أو لا، ولا يصحّ من المجنون المطبق ولا الدائر جنونه إلّا أن يصادف زمن الافاقة، ولو كاتب المولى عنهما مع الغبطة والمصلحة فالأقرب الصحّة، كما يصحّ البيع والعتق عنهما وفاقاً للشيخ في الخلاف لأنّ الولي موضع لمصالحه، وقد لا يحصل المال منه بدون المكاتبة بل هو الغالب، وكسبه بعد العتق ليس مالاً محضاً للمولى وقبله ليس بموجود حتّى تكون المعاملة عليه.

ولصحيحة معاوية بن وهب [1] كما في الكافي والتهذيب والفقيه «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّي كاتبت جارية لأيتام لنا، واشترطت عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ وأنا في حلّ ممّا أخذت منك، قال: فقال: لك شرطك».

وذهب الشيخ في المنع استناداً إلى أنّ الكتابة شبيهة بالتبرع من حيث إنّها معاملة على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك، وهذا الاحتجاج نوع ممّا ذكرناه من الوجه والدليل لصحّته وصراحته.

ثمّ على تقدير الجواز يكون محلّه ما إذا كان بيعه جائزاً لحاجة اليتيم إليه

(١) الكافي ج٦ ص١٨٥ ح ، و لم نعثر عليه في الفقيه، التهذيب ج ٨ ص٢٦٥ ح١، الوسائل ج١٦ ص١٠٢ ب٤ ح١ و ما في المصادر اختلاف يسير.

ونحوه وهو المعبّر عنه بالغبطة ، وإلّا لم يجز كما هو قاعدة بيع مال اليتيم .

و لو ارتدّ ثمّ كاتب لم يصحّ لزوال ملكه عنه ، أو لأنّه لا يقرّ المسلم في ملك المرتد ، فإنّه حيث يكون ارتداده عن فطرة انتقل ملكه عنه ولم يقبل ملكاً متجدداً ، فلم يتصور كتابته لعبد مسلم ولا كافر وإن كان عن ملّة صار بحكم الكافر ويباع المسلم عليه قهراً ، ولا تقرّ يده عليه وإن بقي غيره من أملاكه . ويفهم من الحكم بعدم صحّة الكتابة الملّي للمسلم أنّه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك الكافر الكتابي وإلّا لصحّت كتابته في موضع البيع،ولو كان المملوك كافراً صحّت كتابته له لعدم المانع عنه ، ومن الشرائط أن يكون المملوك بالغاً عاقلاً لتصحّ معاملته كما يشترك في المكاتب الذي هو المولى، قال الله تعالى « والذين يبتغون الكتاب » والصبيّ والمجنون لا ابتغاء لهما ، و لأنّ مقتضى الكتابة وجوب السعي ولا يجب عليهما شيء ، وهكذا قد احتجّوا على الاشتراط .

وفيه نظر،لأنّ الابتغاء شرط في استحباب الكتابة ولايلزم منه المنع منهما مع عدم الأمر . نعم الاستحباب منتفٍ ، و اقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع النزاع و الخلاف كما تقدم . و لو سلّمنا الوجوب كما ذكرتم لكنّ الوجوب مشروط بالتكليف ،فجاز الحكم على عدم وجوبه على غير المكلّف لذلك إذ الدليل على وجوبهما ليس منافياً لذلك ، و ربما قيل : إنّه إجماع فيكون هو الحجّة ، والحقّ أنّ عدم الصحّة لعدم الكمال ، والكمال شرط في المتعاملين .

و اختلف في اشتراط الاسلام في صحّة المكاتبة لتعليقها على علم الخير ، و الخير مفسّر بالدين ـ كما قد سمعت في عدة من الأخبار ـ فإن كان في كثير منها الاكتفاء بالمال فعلى الأول يصحّ كتابة الكافر لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط ، وعلى الاكتفاء بالمال يصحّ لوجود الشرط ، هكذا قرر .

و الخلاف و مبناء المانع أن يمنع من دلالة الآية والأخبار التي جاءت في تفسيرها على المنع على جميع التقادير، لأنّ الشرط المذكور إنّما وقع للأمر بها الدالّ على رجحان من الوجوب أو الندب لا لمطلق الاذن فيها ، و لا يلزم من

توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه، والدليل على تسويغ عقد الكتابة غير منحصر في الآية .

وأمّا الاستدلال بقوله تعالى « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم»(١) والكافر لا يستحقّ الزكاة و لا الصلة لأنّه مؤدات له منهيّ عنها بقوله تعالى « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله ورسوله» (٢) ففيه على أنّ الآية المشتملة على هذا الاتيان قد وقع فيها الأمر بالمكاتبة الراجحة، فالاتيان المذكور فيها مترتّب على المكاتب بالمكاتبة الراجحة المراعى فيها الدين والمال ، ولا تدلّ على وجوب الاتيان في مطلق المكاتبة ،وأيضاً أنّ الاتيان من الواجب مشروط بعجزه المقتضي لاستحقاقه له فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يختصّ بالمحتاج لدليل جاز أن يختصّ بالمسلم كذلك لدليل الدالّ على عدم دفع الزكاة للكافر ، وأمّا استلزام إعانته المؤدات مطلقاً ممنوع، ومن ثمّ قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه ، ولأنّها معاوضة روعي فيها جانب الماليّة فلا يمنع الكفر منها وسيّما إذا كان المكاتب مسلماً .

وأمّا إسلام المكاتب وهو المولى ففي اعتباره قول، مترتّب على أنّه عتق بعوض وأنّ العتق لا يقع من الكافر، وقد تقدم الكلام في ذلك في العتق المحض وأنّه لا دليل على اشتراط الاسلام في المعتق فكيف في المكاتبة الذي لم يثبت كونها عتقاً بل معاملة مستقلّة .

ثمّ إنّه إذا كان المكاتب والمكاتب كلاهما كافرين فلا كلام لأنّ يده تقرّ عليه بدون الكتابة. وإن كان مسلماً ففي صحّة كتابته له قولان: من حيث إنّه يجبر على نقله من ملكه، والكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التامّ عن الملك لأنّها محتملة للخروج منهم والبقاء ، وتمام الخروج موقوف فيها على أداء المال من

(١) سوره النور ــ آية ٣٣ .
(٢) سورة المجادلة ــ آية ٢٢ .

حيث استلزامها رفع اليد في الجملة، وتثبت المكاتبة للحريّة ورفع ذلك الحجر عنه في كثير من الأعمال خصوصاً عند جعلها بيعاً لازمة من جهة المولى ، وربما قيل بالفرق بين مطلقتها ومشروطتها ، فاكتفى بالاولى دون الثانية لأنّه لا يخرج من المشروطة عن الرقيّة إلّا بأداء جميع المال وهو في معرض العجز اختياراً واضطراراً.

ويتفرع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه في حال كفره فأسلم قبل كمال الأداء، وأولى بالاكتفاء لأنّ الاستدامة أقوى من الابتداء . وعلى المنع من الاكتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك ، والأقوى تساويهما حكماً . وعلى تقدير الاكتفاء بها ويتجدد له العجز يحتمل تسلّط المولى على الفسخ ، وحيث يفسخ يباع عليه قهراً لمقتضى التغرير وعدم تخيّره هنا لاستلزامه تملّك المسلم اختياراً .

(ومن) الشرائط أيضاً القصد إلى المكاتبة، فلاعبرة بعقد الساهي والنائم والغافل والهازل، ولو تنازعا في القصد فالظاهر تقديم مدعي الصحّة، ولاعبرة بعقد السكران أيضاً وإن اجري عليه أحكام الصاحي في العبادات بحيث يؤمر بقضائها، وكذا سائر عقوده باطلة عندنا .

(ومنها) انتفاء الحجر، فلا تصحّ من السفيه إلّا بإذن المولى، ولامن المفلس إلّا بإذن الغرماء، ويصحّ من المريض مطلقاً إن قلنا إنّ منجّزاته من الأصل كما هو المختار ، وعلى المشهور لايصحّ إلّا إذا قام به الثلث أو إجازة الوارث لأنّه معاملة على ماله بماله، ولو برىء لزم مطلقاً ، وتجوز من المكاتب لرقيّته لكن مع الغبطة والمصلحة، أمّا غير المكاتب فلاتصحّ كتابته رقيقه إذا قلنا بملكه الأقوى إلّا بإذن السيّد الاختيار ، فلا تقع من المكره إلّا أن يرضى بعد زوال الاكراه إن جوّزنا العقد الفضولي فيه كما هو مذهب جماعة، والأقوى البطلان: ولو أظهر دلالة الاختيار وقع كمخالفة المكره فيما عيّن .

(ومنها) استيعاب الجميع عند جماعة ،فلو كاتب نصف عبد لم يصحّ عند الشيخ في المبسوط ومن تبعه للزوم الناقض في السعي سواء كان باقية له أو لغيره ولاتسري

الكتابة. نعم لو أدى انعتق كلّه عند الشيخ ، ويغرم السيّد قيمة النصيب ولا يرجع به على العبد ، والمختار جواز التبعيض فيها كما في الخلاف ، وأولى منه لو كان بعضه حراً .

ويدلّ عليه من الأخبار موثّقة أبي بصير [1] «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر» وساق الحديث إلى أن قال: «ولها أن تتزوج في تلك الحال ؟ قال : لا، حتّى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها» .

ولو كان نصفه حراً وبيده مال فكاتبه على قدره فما دون حالّاً فالأقرب الصحّة لاستغنائه هنا عن الأجل .

(ومنها) كون العوض ديناً، فلو كاتبه على عين بطل، لأنّها إن كانت للسيّد فلا معاوضة وإن كانت لغيره فهي كجعل ثمن المبيع من غير مال المشتري ، ولو أذن الغير في الكتابة على عين يملكها فهي في قوة المبيع، فإن جوّزناه صحّ. وكذلك لو قلنا بأنّ العبد يملك فكذلك لارتفاع الحجر عنه برضا المولى بمكاتبته بها .

(ومنها) كون العوض معلوم القدر والجنس والوصف ، فإن كان نقداً وصف بما يوصف به في النسية، وإن كان عوضاً فكالسلم فتمتنع الكتابة على ما لا يمكن ضبط أوصافه كالجارية وولدها والدرة النفيسة .

ويدلّ على ذلك من الأخبار صحيحة علي بن جعفر [2] كما في كتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يكاتب مملوكه على وصيف فيضمن عنه ذلك ، أيصلح ؟ قال : إذا سمّى خماسيّاً أو رباعيّاً أو غيره فلا بأس» .

ومثله خبره [3] في كتاب قرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام مثله .

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٨ ب٦ ح٢ .
(٢) بحار الانوار ج١٠ ص٢٥٧ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٤ ب٤ ح١٤ .
(٣) قرب الاسناد ص١٢٠، الوسائل ج١٦ ص١٠١ ب٣ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(ومنها) كون العوض ممّا يملكه المولى ، فلو كاتب المسلم عبده المسلم أو الذمّي على خمر أو خنزير بطل ، ولو كانا ذمّيّين صحّ ، ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضا وذلك لأنّ المعاملة المذكورة صحيحة تقوم عبداً عند كونهما ذمّيّين، ولافرق بين أن يكون ذلك قبل قبض العوض أو بعده، ولارجوع للسيّد على العبد بشيء لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به، وإن ترافعا قبل القبض إلينا لم نحكم بفسادها، ولا سبيل إلى الرجوع بالعين لتحريمه في شرع الاسلام فيرجع إلى القيمة لأنّها أقرب شيء، والمحرم لم يفسد بل صحّ فيما بينهم، ولهذا لو قبّضهم لم يجب له غير، وإنّما تعذر الحكم به شرعاً فوجب المصير إلى قيمته عند مستحلّه كما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها . وإن اتّفق ذلك بعد قبض البعض مضى في المقبوض ولزمه قيمة الباقي وقد ثبت ذلك الحكم في نظيره كالمهر، وقد تقدم في النكاح ما يدلّ عليه .

مثل خبر طلحة بن زيد [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : سألته عن رجلين من أهل الذمّة أو من أهل الحرب تزوج كلّ واحد منهما امرأة وأمهرها خمراً وخنازير ثمّ أسلما، قال: ذلك النكاح جائز حلال لايحرم من قبل الخمر والخنازير، وقال : إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك يعطيها صداقها» .

وخبر عبيد بن زرارة [2] «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : النصراني يتزوج النصرانيّة على ثلاثين دناً خمراً أو ثلاثين خنزيراً ثمّ أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها ، قال: ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ثمّ يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول» .

---

(١) التهذيب ج٧ ص٣٥٥ ح١٠ وفيه « أو خنازير » ، الوسائل ج١٥ ص٤ ب٣ ح١ وفيهما «حرم عليهما أن يدفعا اليهما شيئاً من ذلك يعطياهما صداقهما» .

(٢) التهذيب ج٧ ص٣٥٦ ح١١ ، الوسائل ج١٥ ص٤ ب٣ ح٢ وفيهما «ويرسل به اليها ثم يدخل» .

ومقتضى هذه الأخبار استقرار أمر الكتابة، ويقوّم ما كوتب عليه من الخمر والخنازير عند عارفيه من أهل الاسلام أو من غيرهم مع الائتمان ويدفعه المكاتب مثل ما يدفع ما لو كان مكاتباً على مال مستحلّ من الدراهم والدنانير ونحوها ولا تبطل المكاتبة بالاسلام مع ازومها وإنّما يتموّل مالها إلى ذلك، وأمّا ماقبض منه حال كفره فليس عليه بدل .

(ومنها) أنّه يعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل، فلو كان غير بالغ أو عاقل لم تنعقد مكاتبتهما، فإن تولّى السيّد الطرفين وإن كان له ولاية عليهما بأنّ الشرائط هنا معتبرة في الطرفين ولقوله تعالى «والذين يبتغون الكتاب» والصبيّ والمجنون لا ابتغاء لهما ، ولأنّ مقتضى الكتابة وجوب السعي وإن كان ملك المال وهو لايتأتّى في حقّهما ، وكذا إن يعلم فيه خيراً ولا خير في الصغير ولا المجنون لعدم الاعتداد بإيمانهما .

وقد تنظّر ثاني الشهيدين في الاستدلال بالآية على ذلك، لأنّ الابتغاء شرط في الأمر بالمكاتبة الذي هو عبارة عن استحبابها ورجحانها، فلا يلزم منه المنع منها عدم الأمر وعدم الابتغاء، واقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع الخلاف كما قدمنا، لكنّ الوجوب مشروط بالتكليف فجاز الحكم بعدم وجوبه على غير المكلّف كذلك، إن الدليل على وجوبها ليس منافياً لذلك. وربما قيل إنّه إجماع فيكون هو الحجّة، وحقّ أنّ الحجّة هو الحجر من الشارع على الصغير والمجنون، وحكمه بفساد معاملته إلى البلوغ والرشد لأنّ الكتابة داخلة في الأخذ والعطاء المعلّق صحّتهما في الأخبار على البلوغ والرشد وهو شامل للحرّ والعبد . وأمّا جواز المكاتبة من وليّ اليتيم لعبده لحصول الغبطة والمصلحة ، ولصحيحة معاوية بن وهب ، ولأنّ المباشر لها الوليّ واستكمال الشرائط من الطرفين .

(ومنها) اشتراط الاسلام في المكاتب ، وقد تقدم أنّه موضع خلاف وكلام، وقد استظهر جماعة المنع لقوله تعالى «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» وهذه المسألة

مبنيّة على أنّ الخير المجعول في الكتابة هو الدين والمال معاً؟ أو الدين وحده؟ أو المال خاصّة وحده ؟

فعلى الأولين لا يصحّ كتابة الكافر لعدم الشرط المقضي للمشروط . وعلى الثالث يصحّ لوجود الشرط ، ويفهم من تعليلهم المنع بالآية اختيار إرادة أحد الأولين .

وقد استظهر جماعة الثاني لوروده في الصحيحين كما سلف ، ولمنع دلالة الآية على المنع على جميع التقادير لأنّ الشرط المذكور إنّما وقع للأمر بها الدالّ على الوجوب أو الندب لا لمطلق الاذن والاباحة ، فلا يلزم من توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه ، والدليل على تسويغ عقد الكتابة غير منحصر في الآية .

وأمّا الاستدلال بقوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» والكافر لا يستحقّ الزكاة ولا الصلة، والكافر ليس أهلاً لذلك فقد تقدم الجواب عنه وهو أنّ الايتاء من الزكاة مشروط بعجزه وإيمانه فيخصّ الاتيان بمن هذه صفته ، ومن ثمّ استظهر جماعة جواز مكاتبته كما يجوز عتقه، ولأنّها معاوضة يغلب فيها جانب الماليّة فلا يمنع من المسلم والكافر .

(ومنها) اشتراط الأجل ، وقد مرّ الكلام فيه والخلاف وتحقيق الأدلّة من الطرفين ، وهل يشترط اتّصال الأجل بالعقد ؟ فيه خلاف وتردد ، منشأه أصالة الصحّة ووجود المقتضي لها من العقد المشتمل على الأجل والمال ومن أصالة بقاء الملك وعدم نقل مثله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، واستظهر الأكثر الأول لاطلاق الأدلّة، وقد تقدم الخلاف في نظائره من الاجازة وغيرها، وعندي أنّ اعتباره أقوى وأحوط .

(ومنها) اشتراط أن يكون وقت الأداء معلوماً مضبوطاً لئلّا يؤدّي إلى الغرر والجهالة ، فلو قال : كاتبتك على أن يؤدى إليّ كذا في سنة ، بجعل السنة ظرفاً

للأداء لم يصحّ ، و وجه البطلان ما قلناه ، لأنّ الأجل على هذا التقدير مجهول لأنّ «في» لاتقتضي إلّا الظرفيّة ولم يتبيّن أنّه يؤديها في دفعة واحدة أو دفعات ولا أنّها يؤديه في أولها أو وسطها أو آخرها .

وقال ابن الجنيد بالجواز لعموم الأخبار ولصدق التأجيل بذلك، ويتخيّر في دفعه في مجموع ذلك الوقت .

(ومنها) أنّه على تقدير اشتراط التأجيل هل يكفي الأجل الواحد ؟ أم لابدّ من التعدد ؟ المشهور بين الأصحاب بل جميعهم الاكتفاء بأجل واحد ، وهو مذهب أكثر العامّة أيضاً للأصل وعموم قوله تعالى «وكاتبوهم» وعموم الأخبار الواردة في تفسير الآية ، وفي الكتابة بقول مطلق .

وخالف فيه بعض العامّة واشترط كونه نجمين فصاعداً لأنّه المأثور عن الصحابة قولًا وفعلاً ، حتّى نقل عن بعضهم أنّه غضب على مملوك له فقال: لاعاقبك ولاكاتبك على نجمين ، وهذا مشعر لأنّه غاية التضييق ، ولما تقدم من أنّ الكتابة مأخوذة من ضمّ النجوم بعضها إلى بعض، وأقلّ ما يحصل به الضمّ نجمان .وأيضاً أنّ الكتابة عقد إرفاق ومن تتمّته تعدد النجم .

والجواب عن ذلك كلّه لايفيد الحصر ، ولاحجّة في العمل بدون الاجماع والنصوص، وهو غير واقع ، بل الواقع الخلاف في المسألة قديماً وحديثاً،واشتقاق الكتابة جائزاً بناء على الغالب وهو الكتابة الراجحة كما تقدم في تعريفها وهي الخطبة ، وللأصل وعموم النصّ يدفع ذلك كلّه ، ودخل في تجويز الكثرة من غير وقوف بها على حدّ بعد ضبطها والعلم بها أنّه لافرق بين جعلها إلى مدة لايعيشان إليها غالباً أو عدمه فيصحّ للأصل ، وينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث وسيّما في جانب المولى لأنّها لاتبطل بموته . أمّا جانب المكاتب فيشكل بطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً ، وفي الباقي بالنسبة إلى المطلق فيكون الاشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد .

وقد أطلق الشهيد ـ رحمه‌الله ـ في بعض تحقيقاته جواز التأجيل لذلك مطلقاً وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت ، وهذا لا يخلو في جانب المكاتب من إشكال . وقد اختلفوا أيضاً في جواز مثل هذا التأجيل في البيوع المؤجّلة نسيئة وسلماً لهـذه العلّة ، و اختار في التذكرة جوازه ، وهو متّجه لأنّه لامانع من انتقال الحقّ فيه إلى الوارث كما في فرض موت المولى هنا ، وعلى هذا فيجوز أن تتساوى النجوم وإن تختلف .

ولو قال : كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر صحّ إذا كان الدينار معلوم الجنس ، ومرجع هذه المسألة إلى الجمع في العوض بين المال والخدمة ، ثمّ إطلاق شهر الخدمة محمول على المتّصل بالعقد كنظائره ، وشرط كون الدينار بعده يقتضي تأجيل إلى نجم واحد وهو صحيح . وإنّما يتوجّه عليه المنع عند من شرط تعدد النجوم .

ولو مرض العبد شهر الخدمة وكانت مشروطة أو جعل خدمة الشهر مجموع العوض بطلت الكتابة لتعذر العوض .

أمّا لو جمع بينه وبين المال كالصورة السابقة وكانت المكاتبة مطلقة لم تبطل وروعي أداء المال وعتق منه بنسبته. وإطلاق المحقّق في الشرايع البطلان يقتضي أن تكون هذه الصورة مقطوعة عن المسألة السابقة ، وإلّا لم يتمّ الاطلاق .

أمّا لو قال: على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل: يبطل على القول باشتراط اتّصال المدة بالعقد . وتردد في ذلك المحقّق لكنّها من فروع اشتراط اتّصال الأجل بالعقد وعدمه، وإنّما أفردوها بالذكر حملاً للفرع السابق على المال كأن يشترط عليه مائة دينار مثلاً يؤديها بعد شهر أوله بعد هذا الشهر فذكر اشتراط الخدمة ، وقد منع من ذلك الشيخ في المبسوط وجماعة .

(ومنها) أنّه لايشترط في العوض العين فتجوز المكاتبة على منفعة معيّنة من خدمة أو خياطة أو بناء وتكون في الذمّة كالعين .

وتوهّم الفرق بينهما والقدح في جعل الخدمة عوض الكتابة ـ من حيث إنّ المنفعة ملك المولى فلايعاوض على ماله بماله ، بخلاف الملك المتجدد فإنّه ليس بموجود ولا داخل تحت قدرته ، بخلاف الخدمة فإنّها مقدورة له فكانت كالعين الحاضرة ، ومن ثمّ جاز عتقه منجّزاً بشرط خدمة معيّنة بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه ـ مندفع أسلفناه من أنّ مقتضى عقد الكتابة مخرج المملوك عن ملك المولى محضاً و إن كان انتقالاً متزلزلاً ومن ثمّ حرم منا كحته وسقطت عنه فطرته ولم يكن له استخدامه وغيرذلك من توابع الملك ، فكانت منفعته ومايتجدد من كسبه تابعة لرقبته بالانتقال عن ملكه فجاز جعله عوضاً عن فكّ رقبته .

ولّما كان العتق المنجّز مقتضياً ملك المعتق منافع نفسه و كسبه اعتبر رضاه في اشتراطه المال دون الخدمة لأنّها تصير كالمستثناة ممّا يخرجه عن ملكه بالتحرير المتبرع به ، وهذا لايلزم منه بطلان جعل الخدمة عوضاً في الكتابة الواقعة برضا المكاتب مضافاً إلى عموم الأدلّة .

(ومنها) اشتراط المعلوميّة فيعوض المكاتبة ، ولايقدح في معلوميّتها الجمع بينها و بين شيء من المعاوضات ممّا يراعى فيها المعلوميّة كالبيع والنكاح والاجارة لأنّ المعتبر العلم بمجموع العوض والمعوض، ولايعتبر العلم بمايخصّ الأجزاء، وإنّما يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان وبطلان بعض الصفقة ، فيكتفي حينئذٍ بمعرفة ما يخصّ كلّ واحد بالحساب و نسبة بعضها إلى بعض ، وهذا من ذلك القبيل ، قد تقدم ذلك في فروع البيع والنكاح .

فإذا قال للعبد : كاتبتك و بعتك هذا الثوب بمائة إلى شهر مثلاً و كاتبتك وآجرتك الدار بكذا ، أو جمع بين الثلاثة فقال : قبلت الكتابة والبيع أو قبلتهما جميعاً أو الجميع صحّ وانعقدت العقود الثلاثة، فإذا أدى المال المعيّن عتق،واستقر ملكه بالمبيع واستئجار الدار وغير ذلك ممّا يضاف إليها، فإذا احتيج إلى معرفة ما يخصّه من مال الكتابة كأن ظهر المبيع مستحقّاً ولم يجز المالك وزع العوض

على قيمة وقت الكتابة وعلى قيمة المبيع واجرة مثل الدار تلك المدة ويسقط من العوض ماقابل الفاسد .

وربما تطرق احتمال البطلان في الصفقة المجتمعة كذلك لأنّها بمنزلة عقود متعددة، فيعتبر العلم بعوض كلّ واحد على الانفراد خصوصاً مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابة والاجارة ، و الكتابة أشدها شبهة ، و هي أنّ الكتابة لا تستقلّ بالتصرف إلى أن يتمّ عقد الكتابة، وحينئذٍ يقع البيع والاجارة قبل ملكه للتصرف، فيقعا باطلين .

وجوابه منع كون الصفقة والمجتمعة عقوداً متعددة بل هي عقد واحد كما لو باعه ثوبين أو أكثر بثمن واحد، فإنّ احتمال تعدد الصفقة آتٍ كالبيع والكتابة والاجارة، بل في ثوب واحد لو ظهر بعضه مستحقّاً وهو غير قادح اتّفاقاً نصّاً وفتوى، واختلاف الأحكام لا يقدح في الجميع لأنّه يلزم كلّ واحد حكمه ، وإنّما القاعدة جمع الكلّ في صيغة واحدة. وأمّا شبهة الاستقلال فمندفعة برضا المولى بذلك، فإنّ الحجر عليه إنّما كان لحقّ المولى . و الأخبار المصرحة بالحجر عليه إنّما هي فيما لا يقع بإذنه كما وقع في صحيحة معاوية بن وهب(١) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه قال في رجل كاتب مملوكه على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أنّه لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها ، قال : لا يصلح له أن يحدث في ماله إلّا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود » .

وكذا إطلاق خبر أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح و لا شهادة ولا حجّ حتّى يؤدي جميع ما عليه إذا كان

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب٦ ح١ وفيهما « كاتب على نفسه ــ أن لا يتزوج » .

(٢) الكافي ج٦ص١٨٦ ح٢، التهذيب ج٨ ص٢٦٨ ح٩ وفيهما « عن أبي جعفر ــ عجز عن نجم من نجومه » ، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب٦ ح٢ و فيه اختلاف يسير .

مولاه شرط عليه إن عجز فهو ردّ في الرق » .

و صحيحة الحلبي [١] هي الكاشفة عن هذا التقييد لقوله فيها « في المكاتب يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلّا بإذنٍ منه حتّى يؤدي مكاتبته ، قال : ينبغي له أن لا يتزوج إلّا بإذن منه إنّ له شرطه » .

و كما يجوز اجتماع هذه العقود مع المكاتبة وأنّها لا تورث الجهالة كذلك يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً واحداً سواء اتّفقت حصّتهما أو اختلفت ، تساوى العوضان أو اختلفا ، اتّفقت النجوم أو اختلفت .

وبالجملة: فكتابة العبد المشترك بين اثنين فصاعداً ممّا لا إشكال في جوازها للعموم و تسلّط كلّ واحد من الشركاء على مكاتبة حصّته بما شاء منفرداً و كذا مع الاجتماع .

و خالف في ذلك بعض العامّة فمنع من اختلافها في القدر مع تساويهما في الملك حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة مثلاً وإلى الآخر مائتين ، ثمّ ارتفعت الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع إلى الثاني خمسين و يكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

وهذا مدفوع بأنّ الاستحقاق طارٍ من حين الفسخ وقبله كان ملكاً لقابضه ملكاً متزلزلاً ولا يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه وأمّا عدم جواز دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه وكون ما دفعه لهما فرع من فروع الدين المشترك، ونقل عن الاسكافي والقاضي ابن البرّاج جواز أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترطا عليه أن يكون الدفع لهما جميعاً لأنّ لمن عليه الحقّ التخيير في جهة القضاء وتعيين ماشاء في أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقّه فقد اختار دفع ما يستحقّه المدفوع إليه في المدفوع واختار منع الآخر منه فلا يشركه فيه كما لو منعه من الاستيفاء في بعض أمواله . و المشهور هو الأول حيث الدين لا يقبل

(١) الكافي ج٦ ص١٨٧ ح٩، الوسائل ج١٦ ص١٠٨ ب٦ ح٥.

القسمة إلّا على جهة الحوالة كما اقتضته النصوص المصرح بها في مباحث الديون.

هذا كلّه عند اتّحاد العقد، أمّا لو تعدد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنيد والقاضي. واعلم أنّ الكتابة تكون بالنسبة إلى المولين متعددة في المعنى وإن اتّحد العقد، فإذا أدى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعتق، لكن بدون إذنه لايتحقّق العتق في أحد النصيبين، ولو عجز فعجزه أحدهما وردّه في الرقّ وصبر الآخر صحّ كما لو تعدد.

ولو كانت العبيد ثلاثة وكاتبهم في عقد واحد بأن قال: كاتبتكم على ألف إلى أنجم معيّنة فإذا أديتموها فأنتم أحراراً فقبلوا صحّت الكتابة عندنا ووزع المال على قيمهم، فلو كانت قيمة أحدهم مائة والثاني مائتين والثالث ثلاثمائة فعلى الأول سدس المسمّى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بالقيمة يوم المكاتبة لأنّه اشترى منه لنفسه حين العقد وإن توقّف عتقه على أدائها. وقال بعض العامّة: يوزع على عددالرؤوس. و قد تقدم الكلام على نظيرها في عوض الخلع والصداق.

ثمّ إنّ كلّ واحد من العبيد يؤدي ما عليه إمّا على التفاضل أو على التساوي، وينعتق إذا أدى ماعليه ولايتوقّف عتقه على أداء غيره ما عليه، على الأظهر، وإن مات أحدهم أو عجز فهو رقّ وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أنّ السيّد قدعلّق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار، لأنّ الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة دون المعتق. وقيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه وإنّما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال. وقد علم وجهه ممّا تقرر وما يجاب به عنه.

و قال القاضي ابن البرّاج : إذا كاتب إنسان عبدين كتابة واحدة فمات أحدهما قبل الثاني فإمّا أن يختار أن يؤدي باقي الكتابة عنه و عن صاحبه و إمّا أن يكاتب عن نفسه كتابة جديدة، فأيّهما اختار كان له ذلك، فإن كان المتروك مالاً فيه وفاء بقسطه من الكتابة أخذه السيّد ممّا له من الكتابة وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها. ومثل ذلك ما إذا ارتدّ أحدهما ولحق بدار الحرب و لم يقدر عليه فإنّه بمنزلة الميّت وإن كان ما تركه فيه وفاء بجميع

الكتابة حتّى حصّة الثاني عتقاً معاً ورجع ورثة الميّت على الحي بحصّته وصار ذلك ميراثاً بينهم . هذا حاصل كلامه ، و هو يدلّ على توقّف عتق كلّ منهما على أداء المال أجمع . و سيأتي إن شاءالله تعالى أنّ موت المكاتب يبطل الكتابة سواء كانت مشروطة أم مطلقة ولم يؤدّ شيئاً من المال، وحينئذٍ فيسقط قدر نصيبه من مال الكتابة ولاينحصر المال في أحدهما لأنّه عوض بينهما معاً فيقسط عليهما كالبيع، وإنّما يؤدي الحيّ قدر نصيبه من مال الكتابة ويعتق .

وإذا تقرر ذلك فلو شرط عليهم في عقد الكتابة كفالة كلّ منهما لصاحبه صحّ على القول الأصحّ للأصل وعموم الأخبار «المؤمنون عند شروطهم» فيلزم كلّاً منهما حكم الكفالة وهو وجوب إحضار الغريم عند الحلول أو أداء ما عليه، إلى آخر ما فصّل هناك في أحكام الكفالة .

وقيل: لاتصحّ الكفالة هنا بناءً على عدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب والشرط الكائن في العقد كجزء من العوض فيتبعه في الجواز، و كذا يجوز أن يضمن كلّ منهما ما في ذمّة الآخر، وحينئذٍ فيعتقان جميعاً لأنّ الضمان قد حوّل مافي ذمّة كلّ منهما إلى الآخر كما هو مذهب الاماميّة ، فيترك منزلة الوفاء ويبقى المال ديناً في ذمّة كلّ منهما ، لا على وجه المكاتبة لحصول الوفاء بالضمان . ولو ضمن أحدهما خاصّة تعلّق المال بذمّته وعتق المضمون لفراغه من مال الكتابة .

وقال العلّامة في المختلف فيه: إذا رضي المولى بضمانهما كليهما فهو كما لو لم يقع ضمان، وهو من غرائبه، لما عرفت من ظهور الفرق لتحوّل ما في ذمّته إلى ذمّة الآخر .

نعم لو جعلنا الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة ـ كما عليه العامّة ـ تخيّراً بالرجوع في الجميع على من شاء، وفي كلام الشيخ في المبسوط إشعار به ، فكأنّه قد اقتفى أثر العامّة فيه لعدم تدبّره لمسائل الفروع عند بحثه مع العامّة . وقد ذكر في المسائل الحائريّات ما يقرب من ذلك، حيث جوّز ضمان اثنين مالاً واشترط رجوعه

على من شاء منهما ، وهو دليل على ذلك أيضاً لأنّ هذا الشرط فاسد على مذهبنا لمنافاته للضمان، لأنّ الضمان ناقل للمال من ذمّة إلى ذمّة، وعليه إجماع أصحابنا، وكثيراً ما تقع لهم مثل هذه الغفلات عند مجاراتهم العامّة في المسائل .

السابعة : لو دفع المكاتب ما عليه من المال قبل الأجل كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير لأنّه دين مؤجّل ، فلا يتحتّم عليه قبوله قبل حضور أجله كما تقرر في الديون، ويجوز أن يتعلّق بالتأخير غرض صحيح لا يتمّ بدونه فيجب الوفاء له به لاشتراطه ذلك في العقد ، وهذا هو المشهور بين علمائنا .

وخالف الاسكافي في مختصره الأحمدي فأوجب على مولاه القبول قبل الأجل، لكن لا مطلقاً بل في موضع واحد، وهو ما إذا كان المكاتب مريضاً ووصّى بوصايا وأقرّ بديون وبذل لمولاه المال فليس له الامتناع لأنّ في امتناعه إبطال لاقراره ووصيّته .

ولبعض العامّة قول بإجبار المولى على القبول مطلقاً حيث لا ضرر عليه لأنّ الأجل حقّ من عليه الدين فإذا أسقطه سقط ، وهو ممنوع ، فإنّ الحقّ مشترك بينهما .

والأخبار الواردة في هذه المسألة معتبرة إسحاق بن عمّار [1] عن الصادق عن أبيه عليهما السلام «قال : إنّ مكاتباً أتى عليّاً عليه السلام وقال: إنّ سيّدي كاتبني وشرط عليّ نجوماً في كلّ سنة، فجئته بالمال ضربة فسألته أن يأخذه كلّه ضربة ويجيز عتقي فأبى عليّ ، فدعاه علي عليه السلام فقال : صدق ، فقال له : ما لك لا تأخذ المال وتمضي عتقه؟ قال: ما آخذ إلّا النجوم التي شرطت وأتعرض بذلك إلى ميراثه، فقال علي عليه السلام : أنت أحقّ بشرطك» .

وصحيح أبي الصباح الكناني [2] عن أبي عبدالله عليه السلام «في المكاتب يؤدي نصف

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٧٣ ح٣١ ، الوسائل ج١٦ ص ١١٧ ب ١٧ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٧١ ح٢٢ ، الوسائل ج١٦ ص١١٦ ب١٧ ح١ .

مكاتبته ويبقى عليه النصف ثمّ يدعو مواليه إلى بقيّة مكاتبته فيقول: خذوا ما بقي ضربة واحدة، قال: يأخذون ما بقي ثمّ يعتق».

وصحيح الحلبي [(١)] عن أبي عبدالله عليه‌السلام مثله.

و ظاهر هذه الأخبار التنافي، وقد حملها الشيخ على الجواز دون الوجوب، وينبغي حملها على الاستحباب لأنّ فيه تعجيلاً للعتق المحبوب عند الله كما فهمه محدّث الوسائل. وقد وافق صاحب المسالك الشيخ في الحمل على الجواز ثمّ قال: ولا دلالة فيه على لزومه، ولو ظهر منه ذلك لزمه تنزيله على ما ذكر حذراً من مخالفة غيره ومخالفة القواعد المقررة في نظائره.

ولا ينافي صحّة طرق هذه المجوزة و ضعف طريق المانع لعدم المنافاة على ذلك، نعم لو صالحه المولى على هبة شيء من مال الكتابة على أن يعجّل له مال الكتابة صحّ، لكن يكون بلفظ الهبة لا بلفظ الحطّ والابراء للمنع من ذلك في صحيح علي بن جعفر [(٢)] عن أخيه أبي الحسن موسى عليه‌السلام «قال: سألته عن الرجل كاتب مملوكه فقال بعد ما كاتبه: هب لي بعضاً و اعجّل لك ما كان من مكاتبتي، أيحلّ له ذلك؟ قال: إذا كان هبة فلا بأس وإن قال حطّ عنّي وأعجّل لك فلا يصلح».

وقد رواه في قرب الأسناد عن عبدالله بن الحسن [(٣)] فيكون من الضعيف. وقد ذكره في كتاب المسائل [(٤)].

ولعلّ الفرق بين الهبة والحط، حيث إنّ الهبة الاعطاء والدفع كما قال الله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» بخلاف الابراء فإنّه إسقاط مجرد،

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٣ ح٣٠، الوسائل ج١٦ ص١١٦ ب١٧ ح١.

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٥، الوسائل ج١٦ ص١١٤ ب١٣ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) قرب الاسناد ص١٢٠، الوسائل ج١٦ ص١١٤ ب١٣ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) بحار الانوار ج١٠ ص٢٦٣ وفيه اختلاف يسير.

والاسقاط إنّما يتعلّق بمحض الدين، وعند تعجيله يكون عيناً فلا يتعلّق بها الابراء بل الهبة .

الثامنة : لو ظهر فساد الكتابة لاختلال شرائطها لا يتعلّق بها حكم بل تقع لاغية كما هو مذهب الجميع لنا والأكثر للعامّة ، وخالف البعض منهم فقسّموا الكتابة إلى باطلة وفاسدة ، فالباطلة هي التي اختلّ بعض أركانها بأن كان السيّد صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك أو لم يجز ذكر عوض أو ذكر ما لا يقصد ماليّته كالدم والحشرات أو اختلّت الصيغة . والفاسدة هي التي انتفت صحّتها باشتمالها على شرط فاسد أو بفوات شرط في العوض كان مجهولاً أو لم يتّجه ثمّ جعلوا الكتابة الباطلة لاغية كما ذكرناه .

والفاسدة تساوي الصحيحة في ثلاثة امور: (أحدها) أنّه يحصل العتق بالأداء. (والثاني) أنّه يستقلّ بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه وكذا ولده من جاريته. (والثالث) أنّه يستقلّ حتّى تسقط عن السيّد نفقته وتفارقها في أنّها لا تلزم من جانب السيّد فله فسخها وتبطل بموت السيّد .

وبالجملة: فالعتق عندهم يحصل من جهة التعليق لا من جهة الكتابة، وهذه الآثار كلّها لا أصل لها عندنا لأنّ الفاسد لا يترتّب عليه أثر ، وإطلاق الشارع محمول على الصحيح ، والأحكام مترتّبة عليه .

التاسعة : إذا مات المكاتب وكانت المكاتبة مشروطة بطلت الكتابة بالموت وكان ما تركه لمولاه وأولاده أرقّاء ، وإن لم تكن مشروطة تحرر منه بقدر ما أدّاه وكان الباقي رقّاً لمولاه، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من الرق ، وللوارث بقدر ما انعتق منه ، ويؤدى الوارث من سهم الحريّة ما بقي من مال الكتابة ، ولو لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقي على أبيهم ، ومع الأداء ينعتق الأولاد.

وهل للمولى إجبارهم على الأداء ولو بالسعي؟ فيه خلاف، وقد تردد المحقّق فيه في الشرايع ، والأقوى أنّ له إجبارهم على ذلك كما يجبر من تحرر بعضه

على فكّ باقيه. ووجه العدم بطلان المعاملة وعدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أداؤها. وذهب ابن الجنيد في مختصره الأحمدي أنّهم يؤدّون ما تخلّف من أصل الزكاة و يتحرر الأولاد بذلك وما يبقى فلهم. والأول أشهر في الفتوى والرواية.

وتشهد المشهور صحيحة محمّد بن قيس[1] عن الباقر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفّي وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما اعتق منه، وما لم يعتق يحسب لأربابه الذين كاتبوه».

وصحيحة بريد العجلي[2] عن الباقر عليه السلام «قال: سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم ولم يشترط عليه حين كاتبه أنّه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرقّ والمكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثمّ مات المكاتب وترك مالاً وترك ابناً له مدركاً، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنّه لمولاه الذي كاتبه والنصف الباقي لابن المكاتب لأنّه مات ونصفه حرّ ونصفه عبد، فإذا أدى الذي كان كاتب أباه عليه ما بقي على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد عليه من الناس».

وتمسّك ابن الجنيد بصحيحة جميل بن درّاج[3] عن أبي عبدالله عليه السلام «في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته وترك مالاً، فقال: إن كان اشترط عليه أنّه إن عجز فهو رقّ رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حراً وردّ على المولى بقيّة مال الكتابة وورث ابنه ما بقي».

ومثل صحيح أبي الصباح الكناني[4] وصحيح الحلبي[5] وصحيح عبدالله بن سنان[6]

---

(١) التهذيب ج٨ ص ٢٧٤ ح ٣٢، الوسائل ج١٦ ص ١١٨ ب ١٩ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج٩ ص٣٥٠ ح٦، الوسائل ج١٧ ص٤١١ ب٢٣ ح٥ وفيهما اختلاف.

(٣) التهذيب ج٩ ص٣٥١ ح٧، الوسائل ج١٧ ص٤١١ ب٢٣ ح٦ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٧١ ح٢٢، الوسائل ج١٦ ص١١٨ ب١٩ ح٢.

(٥) التهذيب ج٩ ص٣٤٩ ح٣، الوسائل ج١٧ ص٤١٠ ب٢٣ ح٢.

(٦) التهذيب ج٨ ص٢٧٢ ح٢٤، الوسائل ج١٦ ص١١٩ ب١٩ ح٣.

وغيرهم جميعاً من الصحيح بألفاظ مختلفة محصلها هذا الحكم ، إلّا أنّها لا تخلو عن شائبة الاجمال .

وطريق الجمع بين هذه الروايات ماقاله الشيخ في كتابي الأخبار هو أنّه إذا أدى الوارث ما بقي من نصيبه لا من أصل المال ورث الباقي إن كان في النصيب بقيّة ، و هذا وإن كان خلاف الظاهر إلّا أنّه متعيّن في مقام الجمع بين الأخبار الصحيحة . و المحقّق في الشرايع اعتمد مذهب المشهور وأسند ماقاله ابن الجنيد إلى الرواية. والعلّامة في التحرير توقّف في أصل الحكم لمعارضته هذه الروايات مع أكثريّة ما ذهب إليه ابن الجنيد وصحّة جميعه ولانحصار الصحّة في جانب المشهور عنده في رواية بريد لاشتراك محمّد بن قيس عنده ، فالصحّة فيها غير متحقّقة إلّا أنّها أشهر ، فتتعارض الكثرة والشهرة .

ولو وصّى له بوصيّة صحّ له بقدر ما فيه من حريته ، وبطل مازال . والمشهور بين الأصحاب أنّ المكاتب المشروط لاتصحّ الوصيّة له مطلقاً ، والمطلق تصحّ له بنسبة ما فيه من الحريّة .

و المستند في ذلك صحيحة محمّد بن قيس [(١)] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تحت حرة فأوصت له عند موتها بوصيّة ، فقال أهل المرأة : لاتجوز وصيّتها له لأنّه مكاتب لم يعتق فلايرث ، فقضى عليه السلام : أنّه يرث بحساب ما أعتق منهم ويجوز له من الوصيّة بحساب ماأعتق منه . وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه وأوصى له بوصيّة فأجاز ربع الوصيّة . وقضى في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق . وقضى في وصيّة مكاتب قدقضى بعض ما كوتب عليه أنّه يجاز من وصيّته بحساب ما أعتق منه».

وقيل: تصحّ الوصيّة له مطلقاً لأنّ قبولها نوع اكتساب ، وهو غير ممنوع

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٥ ح٣٣ ، الوسائل ج١٦ ص١٢١ ب٢٠ ح٢ وفيهما اختلاف يسير .

منه وفيه قوة ، إلّا أنّ العمل على الأول أحوط ، وليست الرواية ضعيفة كمازعمه شهيد المسالك لعدم اشتراك محمّد بن قيس لروايته عن الباقر عليه السلام ورواية عاصم بن حميد عنه . لكنّه قد عمّم الاشتراك هذا كلّه إذا كان الموصى غير المولى .

أمّا هو فتصحّ وصيّته له بغير إشكال فيعتق منه بقدر الوصيّة ، فإن كانت بقدر النجوم أعتق جميعه ، وإن زادت فالزائد له . و لافرق في ذلك بين كون قيمته بقدر مال الكتابة و أقل ، حيث إنّ الواجب الآن هو المال .

ويحتمل عندالبعض اعتبار القيمة لو نقصت لأنّ ذلك حكم القن ، والمكاتب لايقصر عنه . وفيه أنّه قد خرج عن حكم القنّ بوجه وصار مال الكتابة في ذمّته فكان اعتباره أولى .

العاشرة: لو وجب عليه بعد المكاتبة وانعتاق بعضه حدّ اقيم عليه من حدّ لأحرار بحدّ الحريّة ، ومن حدّ العبيد بنسبة الرقيّة. وإن لم يتحرر منه شيء بأن كان مطلقاً ولم يؤد شيئاً أو مشروطاً حدّ حدّ العبيد وإن كان قد خرج عن حكم العبد بوجه لأنّه لم يصر حراً محضاً والحدّ قد بني على التحقيق فيرجّح فيه جانب الأقل .

ويدلّ على تبعيض الحدّ في المبعض صحيح الحلبي [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «في المكاتب يجلد الحدّ بقدر ماأعتق منه» .

والمراد بالحدّ هنا حدّ الأحرار، وسكت عن الجزء لظهوره أو لأنّه لايقصر عن الأقلّ فتبيّن الأكثر. ولو كان الذنب موجباً للحدّ بشرط الحريّة دون الرقيّة كالرجم انتفى رأساً وجلد. ومثله مالو قذفه قاذف فإنّه يجب عليه من حدّ الأحرار بحدّ الحريّة ويسقط ماقابل الرقيّة إذ لايجب الحدّ على قاذفه بل التعزير وهو لايتنصّف بل يناط بنظر الحاكم فيعزره عن جزء الرقيّة بمايراه .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٦ ح٣٨، الوسائل ج١٦ ص١٢٢ ب٢٢ ح١ .

وفي صحيح محمّد بن قيس [(١)] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتبة زنت ، قال : ينظر ما اخذ من مكاتبتها فيكون فيها حدّ الحر ، ومالم يقبض فيكون فيه حدّ الأمة . وقال في مكاتبة زنت وقد أعتق منها ثلاثة أرباع وبقي ربع فجلدت ثلاثة أرباع الحدّ حساب الحرة على مائة فذلك خمس وسبعون جلدة وربعها حساب العبد خمسين سوطاً ونصف فذلك سبعة وثمانون جلدة ، وأبى أن يرجمها وأن ينفيها قبل أن يثبت عتقها» .

وفي صحيح آخر له [(٢)] عن أبي جعفر عليه السلام مثله ، على أنّه قال : «يؤخذ السوط به وكذلك الأقلّ والأكثر» .

وفي صحيح محمّد بن مسلم [(٣)] عن أبي جعفر عليه السلام «في المكاتب قال: يجلد الحدّ بقدر ما أعتق منه ، وذكر أنّه يجلد ببعض السوط ولايجلد به كلّه» .

وفي خبر عبّاد بن كثير [(٤)] عن جعفر بن محمّد عليهما السلام «في المكاتبين إذافجرا يضربان من الحدّ بقدر ما أديا من مكاتبهما حدّ الحرّ ويضربان الباقي حدّ المملوك» . وسيجيء بقيّة الكلام عليه في الحدود .

ولو زنى المولى بمكاتبه سقط عنه بقدر الحدّ ماله منها من الرقّ وحدّ الباقي . هذا إذا كان ممّا يقبل التجزئة كالجلد ، فلو كان كالرجم ممّا لا يقبلهاسقط أيضاً وتعيّن الجلد ، ويمكن أن يقال : إنّ الرجم هنا منتفٍ أصلاً لفقد شرطه

---

(١) التهذيب ج١٠ ص٢٨ ح٩٢ ، الوسائل ج١٨ ص٤٠٤ ب٣٣ ح٣ وفيهما «ينظر ما أدت ـ الحرة ـ وما لم تقض ـ حساب خمسين من الامة اثنا عشر سوطاً ـ سبعة وثمانون جلدة ونصف» .

(٢) التهذيب ج١٠ ص٢٩ ح٩٣ ، الوسائل ج١٨ص٤٠٤ب٣٣ ح٤ وفيهما «مثله الا أنه قال : يؤخذ السوط من نفسه فيضرب به وكذلك» .

(٣) التهذيب ج١٠ ص٢٨ ح٩١ وفيه «قال : يجلد المكاتب على قدر ما أعتق منه» ، الوسائل ج١٨ ص٤٠٤ ب٣٣ ح٢ وفيهما «فان يجلد المكاتب على قدر» .

(٤) الفقيه ج٤ ص٣٣ ح٩ ، الوسائل ج١٨ ص٤٠٥ ب٣٣ ح٧ .

ـأعني زنا الحرّ بالحرة ـ وكذا القول في المسألة السابقة فيجب الجلد ابتداءً لا لتعذر تبعيض الرجم، وهوأجود.

ويدلّ على الحكم رواية الحسين بن خالد [١] عن الصادق عليه السلام «قال: سئل عن رجل كاتب أمة له فقالت الأمة: ماأديت من مكاتبتي فأنا به حرة على حساب ذلك، قال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها وجامعها مولاها بعد ذلك، فقال: إن استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدت من مكاتبتها ودرىء عنه من الحدّ بقدر ما بقي له من مكاتبتها، وإن كان تابعته كانت شريكته في الحدّ وضربت مثل مايضرب».

ولو كانت مشروطة ولم تؤد شيئاً فلا حدّ، ولكن يعزر بتحريم وطئها لها بالمكاتبة مطلقاً.

الحادية عشرة: لايجوز للمولى في مال المكاتب تصرف إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء لأنّ الغرض منها تحصيله وتحصينه بقدر فكّ رقبته، فليس مولاه المكاتب له إلّا كسائر الديان، ويكون المكاتب مخيّراً في جهة الوفاء.

وكذلك ليس للمولى التصرف في المكاتبة بوطء بعقد ولاملك لعدم صيرورتها حرة فلاتصلح للعقد، وخروجها بعقد المكاتبة عن محض الرقّ فلايسوغ معه الوطء بالملك، فإن وطأها عالماً بالتحريم عزّر إن لم يتحرر منها شيء، و حدّ بنسبة الحريّة إن لم تبعّضت [٢]، فإن أكرهها اختص بالحدّ ولها مهر المثل.

وفي تكرره أوجه وأقوال ثالثها اشتراطه بتخلّل أدائه إليها بين الوطئين. ورابعها تعدده مع العلم لتعدد الوطء. ومع الشبهة المستمرة مهر واحد، وإذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حلّ عليها نجم وكان من جنس واحد جاز إمساكه

(١) التهذيب ج١٠ ص٢٩ ح٩٣، الوسائل ج١٨ ص٤٠٦ ب٣٤ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) كذا في النسخة.

تهاتر ، أو إن عجزت قبل أخذه سقط ، وإن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبة به من نصيب ما يكسبه المكاتب بعد العقد له وإن حجر فيه عليه على بعض الوجوه لأنّ ذلك هو فائدة الكتاب إذ لولاه لتعذر عليه الوفاء .

وممّا يحجر عليه فيه تزوجه بغير إذن المولى ذكراً أو انثى ، فإن بادرت بالعقد كان فضولاً لأنّها لم تملك نفسها على وجه يشتغل به .

وفي رواية أبي بصير [1] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حجّ حتّى يؤدي ما عليه » .

وكذا لايجوز له وطء أمة يبتاعها إلّا بإذن مولاها لأنّ ذلك تصرف بغير الاكتساب وربما أنقص قيمتها ، ويترتّب عليها خطر الطلق ولضعف ملكه على تقدير الأمر ، ولافرق في ذلك بين المطلق والمشروط . ولو بادر و وطأ بغير إذنه فلاحدّ مع الشبهة، وإلّا عزّر لأنّ مهر جاريته لو ثبت كان له. ولو أولدها فالولد له بشبهة الملك .

ثمّ لايخلو إمّا أن تأتي بالولد وهومكاتب بعد فيكون ملكاً له لأنّه ولد جاريته لكن لا يملك بيعه ولا يعتق عليه لأنّ ملكه ليس بتامّ بل يتوقّف على عتقه، فإن عتق عتق، وإلّا فهو رقّ للسيّد، وهذا معنى تبعيّة ولده له في الكتابة.

وثبوت الاستيلاد للأمة موقوف أيضاً على حريّة الولد ، فإن عتق استقرّ الاستيلاد وإن عجز رقّت مع الولد ، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة لأنّ العجز يبيّن أنّها علّقت برقيق وأنّه لااستيلاد، ويحتمل أن لا مستولداً [2] مطلقاً لأنّ عتق الولد طارٍ على الاستيلاد فأشبهته الأمة الموطوءة بالنكاح، وحقّ الحريّة للولد لم يثبت في الاستيلاد في الحال، هذا كلّه إذا أتت بولدها وهومكاتب.

أمّا إذا جاءت به بعد العتق ، فإن كان دون ستّة أشهر من وقت العتق كان

---

(١) الكافي ج٦ ص١٨٦ ح٢ ، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب٦ ح٢ .

(٢) كذا في النسخة ولعل الصحيح «ويحتمل أن لا تكون مستولدة» .

كذلك لأنّ العلوق قد وقع في حال الرق ، وإن كان لما زاد عن ستّة إلى أقصى الحمل احتمل أن تكون بذلك مستولدة له عملاً بالأصل وعدمه، نظراً إلى الغالب، هذا إذا كان وطؤه في الحريّة مع أصالة عدم التقدم .

وإن لم يطأها بعد الحريّة انقدح الاشكال أقوى من الأول، ووجه الحكم به كونها فراشاً له فيلحق به الولد في الجملة قبل الحريّة وهو مستدام بعدها، وإن كان العلوق بعد الحريّة قائم فيكتفي به لثبوت الاستيلاد في الأول على تقدير حريّته فيسقط منّا مؤونة هذا الاستدلال .

ويدلّ على بعض هذه الأحكام صحيح علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام « قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل وقع على مكاتبته فوطأها قال : عليه مهر أمثالها، فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها، فإن عجزت ردت في الرقّ فهي من امّهات الأولاد » .

وخبر السكوني (٢) كما رواه المحمّدون الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال في مكاتبة وطأها مولاها فتحمل قال: يردّ عليها مهر مثلها وتسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من امّهات الأولاد » .

الثانية عشرة :ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقرار ولا شيء من التصرفات الناقلة إلّا بإذن مولاه المكاتب له ، وهو ممنوع من التصرف في ماله بما ينافي الاكتساب و ما فيه خطر كالبيع بالعين بالنسية مع عدم الرهن و الضامن المؤسر .

و قيل : لا يجوز مطلقاً لأنّ الرهن قد يعرض له التلف و الضامن قد يعسر

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٧ ح٤١ ، الوسائل ج١٦ ص١١٤ ب١٤ ح١ .

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٦ ، الفقيه ج٣ ص٩٣ ح٧ وفيه «عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي بن الحسين عليه السلام في مكاتبة»، التهذيب ج٨ ص٢٦٩ ح١٤ ، الوسائل ج١٦ ص١١٥ ب١٤ ح٢ وفيهما « يطأها مولاها » .

والهبه بغير شرط عوض يزيد على العين كالبيع في المنع.

وفي المساوي قول بالجواز إذلاضرر فيه، لكن يشترط قبض العين قبل التقبيض لأنّه لايجوز البيع بدون القبض، ففي الهبة أولى ومن أطلق المنع من الهبة نظراً إلى أنّ الهبة لاتقتضي العوض وإن شرط فلا يصحّ إلّا مع عذره فيستلزم الخطر.

وكذا لا يجوز له العتق مطلقاً لأنّه تبرع محض، ومثله شراء من ينعتق عليه، وله قبول هبته مع عدم الضرر بأن يكون مكتسباً قدر مؤونته فصاعداً. وكذلك الاقرار مع عدم الغبطة، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محلّ الأمن أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى، ونحو ذلك ممّا فيه مصلحة ظاهرة، فلا منع، فهو من ضروب الاكتساب. والمحقّق وغيره من فقهائنا في مؤلّفاتهم قد أطلقوا المنع من هذه الأشياء، فلابدّ من تقييدها بما ذكرناه، وفي معنى تصرفاته المنافية للاكتساب بسطه في الملابس والنفقة، ولا يكلّف بالتقتير المفرط بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادة، هذا كلّه إذا تجرد من إذن المولى. ومع الاذن يجوز هذا كلّه لأنّ الحقّ المالي لا يعدوهما.

والذي يدلّ على هذه الأحكام صحيح معاوية بن وهب [(١)] الذي رواه المحمّدون الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه قال في رجل كاتب نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لايتزوج فأعتق الأمة وتزوجها فلايصلح له أن يحدث في ماله إلّا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود».

وخبر أبي بصير [(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: المكاتب لا يجوز له عتق

(١) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٢، الفقيه ج٣ ص٧٦ ح١٦، التهذيب ج٨ ص٢٦٩ ح١١، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب ٦ ح١ وما في المصادر «كاتب على نفسه ــ قال: لا يصلح له».

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٦ ح٢ فيه «عجز عن نجم من نجومه»، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب٦ ح٢.

ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حجّ حتّى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن هو عجز فهو ردّ في الرق».

وصحيح أبي بصير ليث المرادي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله وترك «النكاح والشهادة والحجّ» وزاد «ولكن يبيع ويشتري، وإن وقع عليه دين في تجارته كان على مولاه أن يقضي عنه لأنّه عبده».

وموثّقة أبي بصير (٢) «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جارية ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر ـ إلى أن قال: ـ فلها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا، حتّى تؤدي نصف ما عليها في نصف رقبتها».

وصحيح الحلبي (٣) وحسنه عن أبي عبدالله عليه السلام «في حديث أنّه قال في المكاتب يشترط عليه مواليه أن لا يتزوج بإذن منه حتّى يؤدي مكاتبته قال: ينبغي له أن لا يتزوج إلّا بإذن منه أنّ له شرطه».

وصحيح أبي بصير (٤) «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام: الرجل المسلم له أن يتزوج المكاتبة التي قد أدت نصف مكاتبها؟ قال: فقال: إن كان سيّدها حين كاتبها شرط عليها إن هي عجزت فهي في الرقّ فلا يجوز نكاحها حتّى تؤدي ما عليها».

الثالثة عشرة: كلّما يشترط المولى على المكاتب في المكاتبتين معاً يكون

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٥ ح٣٤، الوسائل ج١٦ ص١٠٧ ب٦ ح٣ وفيهما «أن يقضى دينه».

(٢) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٤، الوسائل ج١٦ ص١٠٨ ب٦ ح٤ وفيهما «تؤدى جميع ما عليها في».

(٣) الكافي ج٦ ص ١٨٧ ح٩، الوسائل ج١٦ ص١٠٨ ب٦ ح٥ وفيهما «مولاه أن لا يتزوج الا باذن منه».

(٤) التهذيب ج٨ ص٢١٤ ح٧، الوسائل ج١٦ ص١٠٨ ب٦ ح٦ و فيهما «مكاتبتها ـ رد في الرق جميع ما عليها» مع اختلاف يسير.

لازماً مالم يكن مخالفاً للكتاب والسنّة لأنّ عقد الكتابة قابل للشروط السائغة كنظائره من عقود المعاوضات، فيشمله عموم الصحاح المسلّمة والمعتبرة من النبويّة وغيرها في قولهم «المؤمنون عند شروطهم» فيلزم الوفاء بما يشترطانه مالم يكن مخالفاً للمشروع ، وقد تقدم عن قريب أنّ له شرطه ، وكذلك قد تقدم في خبر إسحاق بن عمّار[1] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام حيث قال في آخره «أنت أحقّ بشرطك».

وأمّا عدم لزومه إذا خالف الكتاب أو السنّة فللأخبار الدالّة على جهة العموم وهي كثيرة، وقد تقدم منها جملة في البيوع والنكاح .

ويدلّ عليه في المكاتبة بالخصوص خبر عمرو [2] صاحب الكرابيس عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب والفقيه «في رجل كاتب مملوكه واشترط عليه أنّ ميراثه له ، فرفع ذلك إلى علي عليه السلام فأبطل شرطه وقال : شرط الله قبل شرطك» .

فلو شرط عليه عملاً مخصوصاً زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء والاكتساب على وجه معيّن أو في مكان معيّن ونحو ذلك صحّ ، ولو شرط عليه الوطء وعدم التكسّب أو كان الولد المتجدد رقّاً ونحو ذلك بطل الشرط . وهل يبطل العقد ببطلانه؟ فيه خلاف ، والأقوى عدم البطلان لما سمعت من الأخبار فيما سبق. واستوجه الشهيدان وجماعة من متاخّري المتأخّرين تبعيّة العقد له في الفساد كنظائره من الشروط الفاسدة في العقد الصحيح ، لولاها والأخبار الواردة بأيدينا لاتساعدهم .

الرابعة عشرة: لايدخل الحمل في كتابة أمة ، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة كان أولادها كحكمها فينعتق منهم بحسابها ، ولو تزوجت بحرّ كان أولادها أحراراً ، ولو حملت من مولاها لم تبطل الكتابة ، فإن مات وعليها شيء

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٣ ح٣١، الوسائل ج١٦ ص١١٧ ب١٧ ح٢ .

(٢) الكافي ج٧ ص١٥١ ح٢ وفيه «عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه» ، الفقيه ج٣ ص٧٨ ح٢٢ ، التهذيب ج٨ ص٢٧٠ ح١٦ ، الوسائل ج١٦ ص١١٥ ب١٥ ح١ .

من الكتابة تحررت من نصيب ولدها ، وإن لم يكن لها ولد سعت في مال الكتابة للوارث .

وإنّما لم يكن الولد مكاتباً إذا كانت حاملة به حال الكتابة لأنّه كالولد المنفصل وإن قصده ، فإنّ الصغير لايكاتب بخلاف مثله في التدبير ، فإنّ الصغير يقبله لأنّه عتق متبرع به مشترك فيه الصغير والكبير بخلاف المعاملة . ولبعض المخالفين قول بدخوله في الكتابة على وجه الاستتباع لاعلى جهة السراية كما يتبع المال في البيع وهو ممنوع .

أمّا الحادث بعد الكتابة فهو أقسام، لأنّه إمّا ان يكون من زنا أو من نكاح مملوك أو من حرّ أو من مولاها . فإن كان من حرّ فولدها أحراراً لامدخل لهم في الكتابة . وإن كانوا من زنا أو من مملوك ثبت لهم حكم الكتابة بمعنى انعتاقهم بعتق الامّ أو بالأداء لمال الكتابة أو بالابراء ، وهذا هو المراد بكونهم بحكمها ، لاأنّهم يصيرون مكاتبين لأنّهم لم يجر معهم عقد ، وإنّما المراد انعتاقهم بعتقها من جهة الكتابة حتّى لو فسخت الكتابة ثمّ عتقت الامّ لم ينعتق الولد .

وهل يثبت حقّ ملكهم قبل الانعتاق للامّ أم للمولى ؟ قولان : من أنّه تابع للامّ وحقّها له ، ومن أنّه من جملة كسبها فيكون لها ،وتظهر الفائدة فيما لو قتله قاتل ، فعلى القول الأول فقيمته للمولى كما لو قتلت الام ، وعلى الثاني فهو للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم . أمّا كسب الولد وأرش الخيانة عليه فيمادون النفس وأرش الوطء بالشبهة لو كانت جارية فموقوف على عتقها فيكون لها ،وإلّا فللمولى كسب الام .

ولو عجزت الامّ وأرادت الاستعانة بكسب ولدها الموقوف ففي إجابتها وجهان مرتّبان على أنّ الحقّ هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثاني لاإشكال في جواز استعانتها به، وأمّا على الأول فيحتمل أيضاً كذلك لأنّها إذا رقّت رقّ الولد فيأخذ المولى كسبه ، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شيء من الكسب ففي إجابتها لحظّ

الولد وعدمه لأنّه لا حقّ لها في كسبه لأنّ الكلام على تقديره ، وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الولد ، والوجه أنّها في كسبه وما فضل فهو الموقوف .

فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة ففيه قولان: أظهرهما أنّها على المولى بناءً على أنّ حقّ الملك له وإن كان مراعياً . والثاني أنّه من بيت المال ، لأنّ تكليفه النفقة من غير أن يصرّف إليه الكسب في الحال إجحاف به . وفيه وجه ثالث احتمله البعض أنّه على الامّ ، لأنّ كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها لتبعيّة النفقة للكسب .

وإن كان الولد من مولاها وكان مولاها حراً فالولد حرّ لأنّها علّقت به في ملكه فتصير امّ ولد له. وهل عليه قيمة الولد؟ يبنى على ما تقدم من الوجهين السابقين . فإن قلنا : حقّ الملك للسيّد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبة ، وإن قلنا: الحقّ لها فعليه القيمة وتستعين المكاتب بها، فإن عجزت قبل أخذها لها سقطت لعودها للمالك ، وإن عتقت أخذتها ، وإن ولدت بعد ما عجزت وصارت رقّاً فلا شيء لها. وكذا لو ولدت بعد ما عتقت لأنّه حين تعذر تقويمه ليس بكسب مكاتبته ثمّ لا ترتفع الكتابة باستيلادها بل هي امّ ولد، ومكاتبته كما تقدم دليله، فإن عجزت ثمّ مات السيّد عتقت عن الاستيلاد، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من النكاح أو السفاح يتبعونها في الحريّة، والحادثون قبل الاستيلاد أرقّاء للسيّد وتعتق من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً وسعت في عوضه للوارث.

وقد تقدم في صحيحة علي بن جعفر(١) وروايته وخبر السكوني(٢) ما يرشد إلى ذلك حيث قال في تلك الصحيحة «إنّ رسول الله ﷺ قال في رجل وقع على مكاتبته فوطأها: أنّ عليه مهر مثلها فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها وإن عجزت فردت في الرقّ فهي من امّهات الأولاد » .

---

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٧ ح٤٠ .
(٢) التهذيب ج٨ ص٢٦٩ ح١٤ .

الخامسة عشرة : المكاتب المشروط باقٍ على رقّيّته لمولاه حتّى يؤدي جميع ما عليه ، ففطرته على مولاه كما تقدم في الزكاة ، ولو كان مطلقاً لم تكن عليه فطرته في المشهور لخروجه عن محض الرقّيّة ولم يصر إلى حالة الرقّيّة وهي مرتبة بينهما كما علم مراراً، ومن هنا تسقط نفقته عن مولاه وتتعلّق بكسبه، وكان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه وإن كانت مشروطة لأنّها تابعة للنفقة .

لكن قد أطلق جماعة من الأصحاب وجوب فطرة مشروطة على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقّيّة مع أنّ صحيحة علي بن جعفر [1] عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه؟ أو تجوز شهادته؟ فقال: الفطرة عليه ولا تجوز شهادته» . ولم يفرق فيها بين القسمين .

وأول الشهيدين في الدروس اختصر على نقل وجوب فطرة المشروط على مولاه وعن بعض الأصحاب ثمّ احتمل عدمه محتجّاً بأنّها تابعة للنفقة .

وابن البرّاج صرح بعدم وجوبها على المولى أيضاً، ولا بأس بهذا القول لأنّ الشهرة غير كافية في الاستدلال .

وأمّا المطلق فلا تجب فطرته على مولاه قولاً واحداً ولا على نفسه إلّا أن يتحرر منه شيء لأنّه مملوك لا يقدر على شيء و صحيح علي بن جعفر شامل للمشروطة والمطلقة، فنفيها عنه بهذا التعليل قول عليل، وإن كان ظاهرهم الاتّفاق عليه عملاً لتلك الصحيحة ولو وقعت عليه كفّارة متعلّقها العتق والاطعام، ولم يجز له أن يؤدي شيئاً من هذين الخصلتين إلّا إذا أذن له المولى ، لأنّ شرط التكفير بهما الملك واليسار وهو ملتفت عنه . أمّا الثاني فظاهر ، وأمّا الأول فلأنّ ملكه غير تامّ والتكفير بالاطعام مشروط بالأمر الثاني .

وعلى تقدير إذن المولى في ذلك ففي الاجزاء وجهان : من أنّ المنع كون الحقّ للمولى وقد زال بإذنه ، ومن أنّ التكفير عليه بالأمرين غير واجب على

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٧ ح٤٠ ، الوسائل ج٦ ص١٢٢ ب٢٢ ح٢ .

المملوك فلا يجزي عن الواجب، وإذن المولى لا يقتضي الوجوب بل غايته الجواز. ويمكن بناؤه على أنّ التبرع على المتبرع بالكفّارة التي ليست فرضه هل تجزي عنه أم لا؟ فإن قلنا بإجزائها أجزأت هنا بطريق أولى وإلّا فلا. والعلّامة في المختلف قد ادعى الاجماع على أنّ التبرع عن المتبرع بإذنه مجزٍ فيجزي هنا وهو الوجه. والشيخ في المبسوط معاكس لما في المختلف حيث ادعى الاجماع على عدم الاجزاء مع أنّه في باب الكفّارة من ذلك الكتاب اختار الاجزاء وجعله الأظهر في روايات أصحابنا. ووافقه ابن إدريس في السرائر على عدم الاجزاء، والأقوى ما استظهره في الروايات، وهذه الاعتبارات لا تعارضها، فإنّ الأخبار تنادي بإنّ التبرع في الفرائض مجزٍ كالزكاة والفطرة ونحوها.

السادسة عشرة: إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه مشترك بينه وبين مولاه ولو طلب أحدهما المهاياة من الآخر وقد اختلف الأصحاب في وجوب الاجبار عليها وعدمه إلى قولين، والأقوى عدم الوجوب. ووجه القول بالاجبار أنّ لكلّ منهما الانتفاع بنصيبه، ولا يمكن الجمع بين الحقّين في وقت واحد، وكانت المهاياة طريق الجمع بين الحقّين ووسيلة إلى قطع التنازع ولا ضرر فيها.

وتدلّ عليه موثّقة عمّار بن موسى الساباطي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام «في مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه، كيف تصنع الخادمة؟ قال: تخدم الباقي يوماً وتخدم نفسها يوماً».

وفي رواية مالك بن عطيّة الصحيحة عن أبي بصير (٢) ذلك أيضاً «حيث قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنّها ردّ في الرقّ في نصف رقبتها، فإن شاء كان له يوم في الخدمة ولها يوماً وإن لم يكاتبها، قلت: فلها

(١) التهذيب ج٨ ص٢٧٥ ح٣٦، الوسائل ج١٦ ص١١٩ ب١٩ ح٤.
(٢) التهذيب ج٨ ص٢٦٩ ح١٣، الوسائل ج١٦ ص١١٣ ب١٢ ح١.

أن تتزوج في تلك الحال ؟ قال : لا ، حتّى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها».

وفي صحيح عبدالله بن سنان (١) «أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها ، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا ؟ قال : لا ، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها ، يستخدمها بحساب ما لم يعتق منها ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها» .

فهذه الأخبار تشهد بالمهاياة لكن لا تستلزم تحتّمها والاجبار عليها، ومن هنا ذهب أكثر المتأخّرين إلى عدم تحتّمها وذلك لأنّها قسمة لغير معلوم التساوي فتتوقّف على التراضي ، بل لا يظهر كونها قسمة . و على تقدير القول بوجوب الاجابة إليها فيكتفي المهاياة اليوميّة و لا يجب الأزيد .

السابعة عشرة : إذا كاتب عبداً شخص ثمّ مات وخلف ورثة قاموا مقامه في أنّهم إذا أعتقوه أو أبرّوه من نجوم عتق ، و كذا لو استوفوا المال ولو أبرأه البعض دون البعض أو أعتقه عتق نصيبه بالاجماع منّا، خلافاً لبعض العامّة حيث قال: إنّه لا يعتق بالابراء حتّى برّأه الآخر . ولا تقع هنا سراية بحيث يضمن الشريك حصّته الآخر، واحتمل بعض أصحابنا السراية لوجود سبب العتق باختياره و كون المكاتب في حكم الرقّ بالنسبة إلى قبول العتق، و قد تقدم في موثّقة عمّار وصحيحة أبي بصير ما يدلّ على عدم السراية .

ويمكن بناء الحكم هنا في السراية وعدمها على أنّ الكتابة هل هي عتق بعوض أو بيع ؟ وعلى الثاني لا يسري لأنّ المولى لا يعتق وإنّما ملك العبد نفسه بالشراء وأداء العوض فعتق. وعلى الأول فتحتمل السراية وعدمها وإن كان الأقوى عدم السراية .

الثامنة عشرة : من كاتب عبده ترجّح له أن يعينه من زكاته إن وجبت

---

(١) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٩ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٠ ب٢٠ ح١ .

عليه، ولا حدّ له قلّة ولا كثرة، فإن لم يكن له زكاة استحبّ له التبرع بالعطيّة.

والأصل في هذه المسألة الكتاب وهو قوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم»(١) وقد فسّر الايتاء هذا بأحد أمرين: إمّا أن يحطّ عنه شيئاً من النجوم أو يبذل له شيئاً فيأخذه في النجوم. أمّا الثاني فظاهر لأنّ البذل إيتاء وهو المأمور به في ظاهر الآية، وأمّا الأول فقد روي في السلف قولاً وفعلاً.

وفي رواية العلاء بن فضيل (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «في قوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» قال: يضع عنه من نجومه التي لم يكن يريد أن ينقصه منها، فقلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك له ألفاً من سبعة آلاف».

وفي صحيحة محمّد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام «قال: سألته عن قول الله عزّ وجلّ «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» قال: الذي أضمرت أن تكاتبه عليه، لا تقول اكاتبه بخمسة آلاف وأترك له ألفاً ولكن انظر إلى الذي أضمرت عليه فاعطه منه».

وفي صحيح القاسم بن بريد(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن قول الله عزّ وجلّ «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» قال: سمعت أبي يقول: لا يكاتبه على الذي أراد أن يكاتبه ثمّ يزيد عليه ثمّ يضع عنه ولكن يضع عنه ما نوى أن يكاتبه عليه».

وإنّما فسّرت الآية بذلك وإن كان خلاف ظاهرها لأنّ المقصود منها إعانته ليعتق والاعانة في الحطّ محقّقة وفي البذل موهومة فإنّه قد ينعتق المال في جهة اخرى، وبهذا يظهر لك أنّ الحطّ أولى من الاعطاء.

وبعد الاتّفاق على رجحانه لظاهر الآية اختلف في أنّه هل على جهة

---

(١) سورة النور ــ آية ٣٣.

(٢) التهذيب ج٨ ص٢٧٠ ح١٥، الوسائل ج١٦ ص١١١ ب٩ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج٦ ص١٨٦ ح٧، الوسائل ج١٦ ص١١١ ب٩ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) الفقيه ج٣ ص٧٨ ح٢٥، الوسائل ج١٦ ص١١١ ب٩ ح٣ وفيهما اختلاف يسير.

الوجوب أو الندب ؟ وفي أنّ المراد بمال الله هو الزكاة الواجبة على المولى أم مطلق المال الذي بيده فإنّه من عند الله ؟ وفي أنّ الضمير المأمور هل هو عائد على قوله «وكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» أو على المكلّفين مطلقاً ؟

فالشيخ في المبسوط وجماعة أوجبوا على المولى إعانة المكاتب بالحطّ والايتاء وإن لم يجب عليهم الزكاة ولم يجب على غيره، وهو مبنيّ على أنّ الأمر للوجوب وأنّ المال أعمّ من الزكاة وأنّ الخطاب متعلّق بالموالي .

وفي المختلف ذهب العلّامة إلى الاستحباب مطلقاً ، وجعل مال الله أعمّ فلم يوجب عليه الاعانة من الزكاة ولا من غيرها .

و المحقّق اختار وجوب الاعانة على المولى إن وجبت عليه الزكاة فيها والاستحباب إن لم تجب (أمّا الأول) فلأنّ أداء الزكاة واجب ولا شيء من إعانة المديون في وفاء دينه بواجب للأصل ، فيختصّ هذا الأمر بما لو وجبت الزكاة و لأنّ المكاتب من أصناف المستحقّين ، فيكون الدفع إليه واجباً عليه في الجملة. (وأمّا الثاني) فلأصالة عدم الوجوب ، مع ما فيه من التعاون على البرّ وإعانة المحتاجين وتخليص النفس من ذي الرقّيّة وحقوقها .

والحقّ والأقوى وجوب الايتاء من الزكاة إن وجبت وجوباً تخييريّاً بينها وبين الحقّ عنه من مال الكتابة جمعاً بين الأدلّة واختصاص الخطاب بالمولى عملاً بظاهر الأمر المطلق المتعلّق بالمأمورين بالكتابة .

وربما قيل بوجوب الدفع من مال الزكاة عيناً إن وجبت الزكاة ، فإن لم يكن زكاة وجب أن يدفع إليه من ماله أو يحطّ عنه من مال الكتابة .

ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لا من غيره عملاً بظاهر الآية ، فقد قيل : إنّ المراد به مال الكتابة ولو حطّ عنه كان إبراء فلا يعتبر فيه القبول على الأقوى ، ولو اعتبرناه وجب كدفع الجنس .

ولو أعتق قبل الايتاء ففي سقوط الوجوب قولان : من فوات محلّه وتعلّق

الخطاب بالمكاتبين وقدزال ذلك الوصف ، ومن كونه كالدين فيجب مطلقاً،واختاره في الدروس .

ولودفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً بعجزه ففي وجوب إخـراج الزكاة لغيره أوردها إلى دافعها وجهان : من ظهور عـدم الاستحقاق وكونه طارئاً على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلاً له ، وبراءة ذمّة الدافع حينئذٍ وعوده إلى المولى إحداث ملك لاإبطال لما سلف، ومن ثمّ بقيت المعاملة السابقة بحالهاوإن لم يرض بها المولى و يضعّف ويمنع كونه إحداثاً بل إعادة في الرق ، فيقتضي نقض جميع ما سبق ، ومن ثمّ أعاد كسبه وأولاده ملكاً له وبقاء المعاملة بسبب الاذن الضمني في عقد المكاتبة فإنّهاتستلزم الاذن في التصرف بالمعاملة ونحوها .والأقوى وجوب صرفه على المستحقّين إن كانت منه وإلّا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه نعم لو كانت من المندوبة لم تجب الاعادة .

والأخبار الدالّة علىإعطاء المكاتب من مال الزكاة مرسلة إبراهيم بن هاشم (١) كما في التهذيب عن الصادق عليه السلام «قال : سألته عن مكاتب عجز عن مكاتبته و قـد أدى بعضها ، قال : يؤدى عنه من مال الصدقة ، إنّ الله تعالى يقول في كتابه«وفي الرقاب» (٢) ومرسل الفقيه نحوه .

و كذلك خبر تفسير العيّاشي (٣) وقدمرّ ذكره في كتاب الزكاة .

التاسعةعشرة : إذا كانا اثنين في صفقة أو صفقتين ثمّ أقر باستيفاء نجوم أحدهما أو براءته عمّا عليه أمر بالبيان والكشفعن ذلك، فإن ادعى النسيانأمر بالتذكّر مادام حيّاً ، وقيل بالقرعة مع اليأس من التذكّرلأنّها لكلّ أمرمشكل،

---

(١) الفقيهج٣ ص٧٤ ح٣ ، التهذيب ج٨ ص٢٧٥ ح٣٥ ، الوسائل ج١٦ص١٢١ ب٢١ح١ .

(٢) سورة التوبة ـ آية ٦١ .

(٣)تفسير العياشى ج٢ ص٩٣ ح٧٦ .

ولو ادعيا على المولى العلم فالقول قوله في نفيه لأنّ ذلك لا يعلم إلّا من قبله وإن بيّن أحدهما وادعى التذكّر قبل قوله بغير يمين إن صدقه الآخر أو سكت ، وإن كذبه وقال : استوفيت منّي وأبرأتني فله تحليفه أيضاً ، ويحلف هنا على البتّ لدعوى التذكّر .

ولو نكل على اليمين المتوجّهة إليه قبل التذكّر على نفي العلم حلف مدعى الدفع وعتق ، فإن ادعى كلّ منهما ذلك ففي تحليفهما معاً وعتقهما وجهان بل قولان : من أنّ ذلك هو مقتضى الدعوى أو قاعدة اصول الحكومة والقضاء ، ومن المعتق أحدهما خاصّة ، فأحدهما كاذب في يمينه لكن غير مضرّ لكونه حكم على ما في نفس الأمر وهو لا يقدح فيما يثبت بظاهر الحكم ، وإن حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدي . ولو مات المولى قبل التذكّر فليس سوى القرعة .

ولو ادعى أحدهما أو هما معاً على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث وليس له أن يستوفي منهما ولا من أحدهما قبل القرعة وإن بذل المال لأنّ أحدهما قد برىء منه ، فأخذ المالين معاً ظلم .

وكذا القول في المورث ، ولو بذلا مالاً آخر بقدر التخلّف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففي حصول الانعتاق بذلك وجهان ناشئان من وصول مال الكتابة إليه بأجمعه ، ومن أنّ شرطه أداء المكاتب ، وجاز في كلّ منهما أن يكون ما أدى مال الكتابة ويمكن أن يجعل بذلهما له .

واعلم أنّه قد ظهر من قول محقّق الشرايع «ثمّ يقرع بينهما» بعد قوله «ولو ادعيا على المولى العلم كان القول قوله» أنّه يقرع بينهما في حياة المولى وهو مخالف لقوله سابقاً «صبر عليه رجاءً للتذكّر» إلّا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء وهو بعيد لا إشعار اللفظ به .

وقد صرح الشيخ في المبسوط وجماعة ممّن تأخّر عنه بعدم القرعة ما دام حيّاً لأنّ التذكّر منه مرجوء . و يمكن أن يحمل قوله «ولو ادعيا على المولى

العلم كان القول قوله» ما يشمل للوارث ، و حينئذٍ فيحمل قوله «ثمّ يقرع على ما بعد الموت» مؤكّداً لقوله «استخرج بالقرعة» وعلى كلّ تقدير فالعبارة ليست بجيّدة.

العشرون : المشهور بين أصحابنا جواز بيع مال الكتابة و نقله عن البيع من سائر وجوه النقل لاطلاق آية « وأحلّ الله البيع »[1] خلافاً للشيخ في المبسوط حيث منع منه للنهي عن بيع ما لم يقبض ، و لأنّ النجوم لم تستقرّ لجواز تعجيز نفسه إمّا مطلقاً أو في المشروط .

و يضعّف بأنّ النهي تعلّق بما انتقل بالبيع كما مرّ في كتاب البيوع لا بمطلق ما لم يقبض، حتّى أنّ العامّة رووا ذلك عن النبي ﷺ، وأنّ ماعده جماعة من العامّة من البيع من باب القياس، والقياس في مذهبنا ممتنع ، فيختصر النهي بمورده.

و نمنع جواز تعجيزه نفسه مطلقاً لما تقدم من اختيار لزومها ، و إذا صحّ البيع لزم المكاتب دفع ذلك المال إلى المشتري، فإن أدّاه إليه عتق بأدائه كما لو أدّاه إلى المولى ، و لو لم يدفعه أجمع أو كان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رقّاً لمولاه .

وهل يبطل البيع ؟ يحتمله لأنّ الفسخ يستلزم رفع أثر الكتابة ، ومن ثمّ يرجع ولده أرقّاء ويتبعه كسبه .

ويحتمل العدم لمصادفته الملك حال البيع فلايضره الفسخ الطاريء على القول بعدم الصحّة، ولايجوز للمكاتب أن يسلّم النجوم إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها، ولايحصل العتق إلّا بدفعها إلى السيّد البائع، ولا يحصل تسليمها إلى المشتري لفساد البيع . و ربما قيل : يحصل به لأنّ السيّد قد سلّطه على القبض فهو كما لو وكّله عليه .

والأصحّ ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والأكثر المنع لأنّه يقبض لنفسه

(١) سورة البقرة ــ آية ٢٧٥ .

حتّى لو تلف بيده ضمن بخلاف الوكيل فإنّه يقبض للموكّل ولا يضمن إلّا بالتفريط.

وفصّل ثالث فقال: إن قال بعد البيع خذها منه أو قال للمكاتب ادفعها إليه صار بذلك وكيلاً وحصل العتق بدفعها إليه، وإن اقتصر على البيع فلا، لأنّه بيع فاسد، ولا عبرة بما يتضمّنه .

و ردّ بأنّه و إن كان قد صرح بالاذن إلّا أنّه إنّما أذن بحكم المعاوضة .
والقولان الأولان للعلّامة في كتاب التحرير في موضعين من الكتابة .

ثمّ إن قلنا بعدم عتقه فالسيّد يطالب المكاتب يسترجع مادفع إلى المشتري فإن سلّم المشتري إلى البائع الوجه لم يصحّ لأنّه قبضه بغير إذن المكاتب ، فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه. ويحتمل الصحّة نظراً إلى تعيّن المكاتب إيّاه لمال الكتابة بالدفع ، وقد تقدم إطلاق جواز تصرف المولى في مال الكتابة بالاستيفاء ، فهنا أولى ، لكن لمّا كان الحقّ تقييد ذلك المطلق لم يصحّ هنا وإن عيّنه المكاتب، لأنّ تعيينه مبنيّ على المعاوضة كتسليمه إلى المشتري، فيجوز بيع المكاتب المشروط بعد عجزه عن الفسخ، ولا يجوز بيع المطلق لأنّ في المشروط بعد العجز يتسلّط المولى على الفسخ فكان بيعه فسخاً كما لو باع ذوالخيار أو باع المدبّر أو الموصى به أو نحو ذلك ممّا اشتمل على العقد الجائز. ولو قدم تقدم البيع الفسخ فالصحّة أوضح.

و أمّا المطلق فقد أطلق المحقّق وجماعة عدم صحّة بيعه ، ويجب تقييده بما إذا لم يبلغ حداً يجوز للمولى معه فسخ كتابته ، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه كما يجوز فسخها حينئذ.

الحادية و العشرون : إذا زوّج المولى بنتـه من مكاتبه ثمّ مات المولى وملكته البنت أو بعضه انفسخ النكاح بينهما من غير فرق بين المكاتب المشروط والمطلق لأنّ الكتابة لم تخرجه عن أصل الرقّيّة و إن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته فيما سبق .

وخالف في ذلك ابن الجنيد فذهب أنّه لو مات السيّد وابنته تحت المكاتب

الذي قد شرط عليه الرقّ عند عجزه منع من الوطء، و إن أدى كانا على النكاح لأنّها لم ترث من رقبته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح فإن كان ممّن ينعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة .

و ما اخترناه مذهب الشيخ والأكثر وهو الأظهر لثبوت تلك القاعدة، وهو انفساخ النكاح بين الحرة و العبد يملكها له كما هو مجمع عليه، و النصوص به مستفيضة، واحترزنا بقولنا «فملكته» عمّا لم تكن وارثة كانت قاتلة أو كافرة فهو كافر، فإنّ النكاح بحاله ولو كان مطلقاً وقد أدى بعض المال فالحكم بحاله لأنّه لا فرق في ملك الزوجة له بين كلّه وبعضه في كونه يوجب فسخ النكاح .

الثانية والعشرون : إذا تنازع السيّد والمكاتب في قدر مال الكتابة أو في المدة أو في النجوم فالقول قول السيّد مع يمينه عند الأكثر وربما قيل: القول قول المنكر زيادة المال والمدة كما هي القاعدة في الدعاوى .

ولو قال كاتبتك على ألفين فقال بل على ألف أو قال إلى سنة فقال المكاتب بل إلى سنتين ونحو ذلك الاختلاف في قدر النجوم، والحكم في الجميع واحد وهو تقديم قول العبد لأصالة عدم الزائد عمّا يعترف به. وأمّا وجه تقديم قول المولى في قدر المال فلأنّ المكاتب يدعي العتق بما يدعيه من المال والمولى ينكره و الأصل بقاء الرق، و بهذا يحصل الفرق بين الكتابة و البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثمن، فإنّ الكتابة كما سمعت ليست معاوضة حقيقيّة لأنّها معاملة على مال المولى بماله، والأصل عدم خروج ذلك عن ملك سيّده إلّا رضاه لأنّه أشبه شيء بالتبرع لا بعقود المعاوضات وإن كان القول هذا اختاره المحقّق وأكثر المتأخّرين من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال والمدة التفاتاً إلى الأصل الثابت بالشهرة والأخبار، ولأنّ المولى بإقراره بأصل الكتابة واستحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب و على ماله، ثمّ هو يدعي زيادة في ذمّة المكاتب والمكاتب ينكرها فيكون قوله مقدماً في ذلك .

الثالثة والعشرون: قد تقرر أنّ العوض في الكتابة يكون ديناً ، ومستحقّ الدين في ذمّة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة فله ردّه ، و طلب مال مستحقّه لا يرتفع العقد . ثمّ إن كان المقبوض من غير جنس حقّه لم يملكه إلّا أن يعتاض به حيث يصحّ الاعتياض .

وإن اطّلع على عيب نظر ، فإن رضي به فهو يملكه بالرضا أو بالقبض ، وإنّما تأكّد الملك بالرضا فيه وجهان وإن ردّه ، فإن قلنا بملكه بالقبض ثمّ انتقل الملك بالردّ أو نقول إذا ردّ تبيّن أنّه لم يملكه فيه قولان، وقد مرّ الكلام على هذه الاحتمالات والأقوال في باب الصرف من البيوع، وقد بني عليها مسائل قد سبق الكلام عليها، منها أنّ عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمّة وجرى التقابض وتفرقا ثمّ وجد أحدهما بما قبض عيباً فردّه فإن قلنا: إنّه ملكه بالقبض صحّ العقد ، و إن قلنا: إنّه تبيّن أنّه لم يملكه فالعقد فاسد لأنّهما تفرقا قبل التقابض .

و إذا تقرر ذلك فالسيّد إذا وجد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به وبين أن يردّه ويطلب بدله . ولا فرق بين عيب اليسير والفاحش ، فإن رضي به كان العتق نافذاً بلا إشكال لكون رضاه بالمعيب كالابراء عن بعض الحقّ . وهل يحصل العتق عند الرضا أو يحصل من وقت القبض؟ وجهان، أقواهم الثاني. وإن أراد الردّ والاستبدال فإن قلنا: تبيّن بالردّ أنّ الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، وإن أدى على الصفة المتحقّقة بعد ذلك حصل العتق، وإن قلنا: يحصل الملك بالمقبوض وبالقبض وبالردّ يرتفع فوجهان، أحدهما أنّ العتق كان حاصلاً إلّا أنّه بصفة الجواز ، فإذا ردّ العوض ارتدّ ، وأصحّهما أنّه تبيّن به أنّ العتق لم يحصل لأنّ العتق ليس من التصرفات التي يتطرق إليها النقض غالباً ، فلو حصل لما ارتفع ، ولا يثبت هنا العتق بصفة اللزوم إجماعاً .

ولو طلب الأرش مع الرضا بالعيب فله ذلك، وتبيّن في أنّه لم يقبض كمال

النجوم، فإذا أداه حصل كمال العتق حينئذٍ، وإن عجز عنه وكانت مشروطة فللسيّد استرقاقه كما لو عجز عن بعض النجوم. ولو فرض تجدد عيب في العوض الذي ظهر معيباً لم يكن العيب الحادث في يد المولى مانعاً من الردّ بالعيب الأول مع أرش الحادث لاستحقاقه الردّ بالأول فيستصحب، والعيب الحادث يجبر بالأرش ولأنّها ليست بمعاوضة حقيقيّة كما قررناه غير مرة فليس لها حكم المعاوضات اللازمة، ولهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أحد الكسب بلا عوض.

وذهب الشيخ في المبسوط إلى منع العيب الحادث الردّ لأنّها معاوضة كالبيع، وهو بعيد جداً لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضة.

الرابعة والعشرون: إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة فإن قام ما في يده في الجميع فلا بحث، وإن عجز وكان مطلقاً تحاصّ فيه الديّانون، والمولى وإن كان مشروطاً وجب تقديم الدين لأنّ في تقديمه حفظاً للحقّين، ولو مات وكان مشروطاً بطلت الكتابة ودفع ما في يده في الديون خاصّة وقسم بين الديّان بالحصص، ولا يضمنه المولى لأنّ الدين تعلّق بذلك المال فقط، ويترتّب على هذه الشقوق اثنا عشرة صورة مختلفة الأحكام.

فإن كان الدين للمولى بأن كان له مع النجوم دين معاملة على المكاتب أو أرش جناية عليه أو على ماله فإن وفى ما في يده بها فلا بحث، وإلّا فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير النجوم فذاك، وإن تراضيا على تقديم النجوم عتق، ولا يسقط الدين الآخر بل للسيّد مطالبته به، ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيّد فالحكم ما بيّناه سابقاً، وللسيّد منعه من تقديم النجوم لأنّه لا يجد مرجّحاً للدين، وإذا تقدمت النجوم عتق فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر، وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ قولان:

(أحدهما) لا، لقدرته على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز.

(والآخر) نعم، وهو أوجههما لأنّه متمكّن من مطالبته بالدينين معاً وأخذ ما في يده عنهما، وحينئذٍ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده ولم يتعرض للجهة التي دفع لها ثمّ قال قصدت النجوم فانكر السيّد ذلك فالقول قول المكاتب بيمينه لأنّه أعرف بقصده، وذلك بمنزلة ما لو كان عليه دينان و على أحدهما رهن وأدى أحدهما وادعى بعد ذلك إرادة دين الرهن فإنّ القول قوله كما تقدم، هذا الحكم مالو كان الدين للمولى.

ولو كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما في يده بها فإن لم يحجّر عليه بعد لعدم التماس الغرماء كان له تقديم ما شاء من النجوم وغيرها وكان بمنزلة الحرّ المعسر قبل الحجر عليه يقدم ما شاء ويؤخّر ما شاء وإن كان الأولى له أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأرش والجنايات، فإن فضل شيء جعله في النجوم، وسيظهر وجه هذا الترتيب، وإن حجر عليه الحاكم تولّى قسمة ما في يده، وفي كيفيّة تلك القسمة وجهان:

(أحدهما) وهو الظاهر من المحقّق في الشرايع وجماعة ممّن تأخّر عنه قسمته على مقدار الديون من غير أن يؤثر بعضاً على بعض بالتقديم أو بالمزيّة لأنّ جميع الديون قد تعلّقت بما في يده، ألا ترى أنّ من انفرد منها [1] بقسمة على قدر الديون.

(وثانيهما) وهو أجودهما، أنّه يقدم دين المعاملة لتعلّقه بما في يده لا غيره ولأرش الجناية متعلّق آخر وهو الرقبة، وكذلك حقّ السيّد على تقدير العجز يعود إلى الرقبة، ثمّ أرش الجناية يقدم على النجوم لأنّ الأرش مستقرّ والنجوم في معرض السقوط إمّا باختيار المكاتب أومع عجزه، ولأنّ حقّ المجنى عليه مقدم على حقّ المالك في القن، فكذلك المكاتب، هذا كلّه إذا كانت المكاتبة مطلقة. أمّا لو كانت مشروطة قدم الدين على النجوم لأنّ في تقديمه جمعاً بين الحقّين.

---

(١) كذا في النسخة.

ولو كان للمولى دين معاملة معهم ففي مساواتها لمال الكتابة أو لدين الأجانب وجهان ، أظهرهما الثاني ، لأنّه لا بدل له كديون الغرماء بخلاف دين النجوم فإنّه بسقوطه يعود للمولى إلى الرقبة، ووجه الأول أنّ دين السيّد ضعيف فإنّه معرض السقوط بالتعجيز ويبقى في التسوية بين الديون أو تقديم دين المعاملة ماسبق .

ولو مات المكاتب قبل قسمة مافي يده وكانت الكتابة مشروطة انفسخت الكتابة وسقطت النجوم ،وفي سقوط دين أرش الجناية وجهان بل قولان :

(أحدهما) أنّه قول الشيخ في المبسوط وهو أنّه يسقط أيضاً لتعلّقه بالرقبة وقد تلفت وتعلّقها بما في يده بحكم الكتابة ، فإذا بطلت الكتابة بطل ذلك التعلّق وعلى هذا يتعيّن صرف جميع ماخلفه إلى ديون المعاملات لانحصارها فيه .

(وثانيهما) أنّه يتعلّق بالمال استصحاباً لحالة الكتابة ولفوات المحلّ مع كونه أقوى من ديون المعاملة ، فعلى هذا فإن ساوينا بينهما حالة العجز فهنا أولى وإن رجّحنا الترتيب المتقدم احتمل بقاؤه استصحاباً لما كان ثابتاً في حالة الحياة ، والأظهر التسوية لأن الدينين معلّقاً بما خلفه وتأخّر الأرش في الحياة كان لتوقّع توفيته ، وقد بطل ذلك التوقّع ، وعلى التقديرين لاضمان على المولى لما فات من الدين لتعلّقه بمال الكتابة .

واعلم أنّه على القول بالتخاصّ في ماله حيّاً وبقاء النجوم أو بعضها فللسيّد تعجيزه إن كان مشروطاً أو مطلقاً مع اليأس من الوفاء كما مرّ تحقيقه وإن بقي الأرش عند تعجيزه لتباع رقبته في حقّه ولكنّه لا يعجزه بنفسه لأنّه لم يعقد حتّى يفسخ ولكنّه يرفع ذلك إلى الحاكم حتّى يعجزه .

ولو أراد المولى فداءه وبقاء الكتابة ففي وجوب القبول وجهان مبنيّان على أنّه رقيق المولى في الجملة وله غرض في إتمام انعتاقه ، وفي استيفائه لنفسه أن لا يتم فيمكن من الفداء ، وعلى أنّ المولى إنّما يفدي إذا تعلّق الأرش برقبته وذلك

غير متحقّق ما بقيت الكتابة ، وأمّا صاحب دين المعاملة فليس له التعجير لأنّ حقّه لا يتعلّق بالرقبة .

الخامسة والعشرون : كما تقدم أنّ المكاتبة كما تتعلّق بالرقبة أجمع كذلك تتعلّق ببعض الرقبة، فعند تعلّقها بالبعض لا يخلو إمّا أن يكون باقيه حراً ولا إشكال في صحّة الكتابة لأنّها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال أو أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقاً ، وقد مرّ الرقيق إمّا أن يكون له أو لغيره .

فإن كان له فالأكثر على الجواز للأصل وعموم قوله ﷺ «الناس مسلّطون على أموالهم» ولأنّ بيع نصيبه وعتقه جائزان والكتابة لا تنفكّ عنهما ، وقال الشيخ في المبسوط: لا تصحّ لأنّ الكتابة يلزمها رفع العجز عن المكاتب في جهات الاكتساب وما يتوقّف عليه كالسفر وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة، وهو هنا غير ممكن لتوقّف سفره واكتسابه به على إذن السيّد ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة لأنّه كسبه .

واجيب بأنّ المنع من السفر والاكتساب يندفع بالمهاياة ويرتفع كارتفاعه عن الشريكين بها ، ونمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاة لأنّه إنّما يندفع لجهة المكاتبة بالخصوص ولأنّه لا يملك النصيب بل يدفعه في كتابته .

وإن كان الباقي لغيره ، فإن لم يأذن الشريك يصحّ لانتفاء الاستقلال ولأنّ نصيب الشريك يتبعّض عليه فيتضرر به ولا ضرر ولا إضرار في الدين ، وإن كان بإذنه فهو موضع خلاف للأصحاب إلى قولين :

(أحدهما) وهو الذي جزم به المحقّق وقبله الشيخ في المبسوط ، الصحّة لأنّه يستقلّ في البعض المكاتب عليه ، وإذا جاز إفراد البعض للاعتاق جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق .

(وثانيهما) وهو مختار الشيخ في الخلاف، العدم لما تقدم من أنّ الشريك يمنعه

من التردد والسفر ولايمكن صرف سهم المكاتبين إليه ، والأقـوى الجواز وإن لم يأذن بتقرير ما سلف حجـّة وجواباً ، وليس في المسألة بجميع شقوقها سوى خبرين :

أحدهما : موثـّق أبي بصير (١) وقد تقدم في الأبحاث السابقة « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنـّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك ، قال : فقال : فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنـّها ردّ في الرقّ في نصف رقبتها ، فإن شاء كان له يوم في الخدمة ولها يوم وإن لم يكاتبها ، قلت: فلها أن تتزوج في تلك الحال ؟ قال : لا ، حتـّى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها». وهو نصّ في الجواز في المكاتبة المشروطة وأنـّه يلزمها المهاياة وهذا ممـّا لا كلام فيه كما سبق .

والثاني : صحيح عبدالله بن سنان (٢) كما في الفقيه وقد تقدم أيضاً وفيه «أنـّه سأل أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها يستخدمها بحساب مالم يعتق منها،ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها».وهذا لم يكن نصـّاً في الجواز ولكنـّه نصّ في نفي الوجوب، ومورد الخبرين على تقدير دلالتهما جواز المكاتبة في البعض لا التبعيض في المكاتبة، لكن إطلاق الأدلّة كتاباً وسنـّة يدلّ على الجواز، وذلك كلّه مع عدم السراية، ومعها فلاوجه لجوازها لصيرورته حراً بمجرد عتق البعض كما مرّ عليه الكلام منقـّحاً .

السادسة والعشرون : قد تقدم ما يدلّ على أنّ المكاتب كالحـرّ في معظم تصرفاته فيبيع ويشتري و يؤجر ويستأجر ويأخذ الشفعة ويقبل الهبـة والصدقة

(١) الكافي ج٦ ص١٨٨ ح١٢، الوسائل ج١٦ ص١١٣ ب١٢ ح١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الفقيه ج٣ ص٧٢ ح٩ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٠ ب٢٠ ح١ وفيهما «بحساب الذى له منها» .

ويصطاد ويحتطب ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال كما يفصدهم ويحقنهم ، ولا تصحّ منه التصرفات التي فيها تبرع وخطر لأنّ المقصد تحصيل العتق فيحتاط له كمال الاحتياط، ولأنّ حقّ السيّد غير منقطع عمّا في يده فإنّه قد يعود إلى الرقّ بعجزه، هذا هو القول الاجمالي ، وفي تفصيله صور قد قدمنا الكلام على بعضها وهو حكم بيعه وعتقه وإقراضه وهبته وقرنا أحكامها كمال التقرير ، ولا فرق في البيع والشراء بين وقوعهما مع سيّده وأجنبي لاشتراكهما في المقتضي ولمّا كان الواجب عليه أن يتحرى مافيه الغبطة ومظنّة الاكتساب فيلزمه أن يبيع بالحال لا بالمؤجّل، لأنّ إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع مع اشتماله على الخطر سواء باع بالأقلّ أو بالأكثر أو بالمثل ، وسواء استوثق بالرهن والكفيل أم لا، لجواز تقصير الكفيل وتلف الرهن .

نعم يجوز أن يبيع ما يساوي مائة نقداً وبمائة نسية ، ويجوز أن يشتري نسية بثمن النقد ولايرهن به فإنّه قد يتلف وإن اشتراه بثمن النسية ففي جوازه وجهان بل قولان مأخوذان من اشتماله على التبرع ومن عدم التيقّن .

وفرقوا هنا بين المكاتب والمولى حيث يبيع مال الطفل نسية ويرتهن المحاجة أو المصحلة الظاهرة فإنّ المراعى هنا كمصلحة الطفل و المولى منصوب لينظر له المصالح بخلافه هاهنا لأنّ المطلوب العتق و المراعى مصلحة السيّد والمكاتب غير منصوب لينظر له ، وربماقيل بمساواته للولي في مراعاته المصلحة خصوصاً مع إعادة الضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب لما فيه من حفظ المال ، ومتى باع أو اشترى فليس له قبض ما في يده حتّى يتسلّم العوض لأنّ رفع يده عن المال بلاعوض لايخلو عن غرر ، ولذلك لايجوز له السلم لأنّه يلزمه مقتضاه وهو تسليم رأس المال في المجلس ، انتظار المسلم فيه سيّما إذا كان الثمن مؤجّل ومثله دفع المال مضاربة ، نعم له أن يأخذه لأنّه نوع تكسّب .

السابعة والعشرون :قد ثبت أنّ المولى في معاملة المكاتب له كالأجنبي مع

الأجنبي في الأحكام ، فإذا صحّ للمكاتب دين على مولاه عن معاملة و كان للمولى عليه النجوم أو دين معاملة ففي التقاصّ تفصيل واختلاف لا يختصّ بالمولى والمكاتب.

وجملة القول فيه أنّه إن اتّحد الجنس والصفة فالمقاصّة سواء كانا نقدين أو عرضين مثلين ، وإن اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيمتين لم يكن قهريّاً و اعتبر التراضي ولا يفتقر معه إلى قبضهما ولا إلى قبض أحدهما ، ومثل ما لو كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً والقول بالتفصيل الذي أشار إليه المحقّق في الشرايع لشيخ المبسوط . وبالجملة: أنّ الدينين إذا كانا نقدين قبض أحدهما دفعة عن الآخر ، وإن كانا عرضين فلابدّ من قبضهما معاً ، وإن كان أحدهما نقداً فقبض العرض ثمّ دفعه عن النقد جاز دون العكس و كأنّه ـ قدس سره ـ قد جعل المقاصّة بيعاً ، فتلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين وبيع العرض قبل القبض وغيرهما .

الثامنة والعشرون : اذا اشترى أباه فلا يخلو إمّا أن يقع بإذن المولى أو بغير إذنه . فإن كان بغير إذنه لم يصحّ لأنّ تصرف المكاتب مشروط بالغبطة و ما فيه الاكتساب ، وربما قيل بالجواز لأنّه اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه ولهذا كان كسبه ، وإذا عاد المكاتب في الرقّ عاد المملوك المشتري كالأجنبي وهو ضعيف لأنّ صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسّب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال .

وإن كان بإذنه صحّ ، وكذا لو أوصى له به أو وهب منه، فإن كان لا يقدر على التكسّب لصغر أو زمانة و عجز و كان يلزمه نفقته لم يجز له قبوله لأنّ نفقته تلزم المكاتب حيث إنّه مملوكه و إن لم تجب عليه نفقة القريب ، و إن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله ، بل ربما مستحبّ لا ضرر عليه في القبول ، ثمّ لا يعتق عليه في الحال لأنّ ملكه ضعيف ، وإنّما يعتق بعتقه ويرقّ برقّه . وليس له بيعه ، ويكون له نفقته في كسبه ، فإن فضل من كسبه فضل كان

ذلك المكاتب يستعين به في أداء النجوم لأنّه بمنزلة العبد المملوك ، ولو مرض أو عجز أنفق عليه المكاتب لأنّه من صلاح ملكه ، وليس هذا كالانفاق على أقاربه الأحرار ، حيث يمنع منه لأنّ ذلك مبنيّ على المواساة .

والمحقّق ـ قدس سره ـ في الشرايع قد تردد في استرقاق القريب ،ووجه التردد ما ذكر سابقاً ومن تشبّثه بالحريّة ، وهذان الوجهان يجريان فى ملك ولده ، و هذا وجه ضعيف لم يذكره غيره في المسألة احتمالاً ، فضلاً عن القطع به والوجه القطع بتبعيّته له في الاسترقاق والانعتاق .

التاسعةوالعشرون : إذا جنى المكاتب على مواليه عمداً ، فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث ، فإن اقتصّ بطلت الكتابة كما لومات ، وإن عفا على مال أو كانت الجناية توجب المال تعلّق الواجب بما في يده لأنّ حكم المولى مع المكاتب في جميع المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي فكذلك يكون في الجناية .

وأمّا [هل] يلزم المكاتب الأرش فيه بالغاً ما بلغ أو الأقلّ منه ومن قيمته ؟ ففيه قولان : من عموم قوله عليه السلام (١) «لايجني الجاني على أكثر من نفسه»فلو طولب بأزيد من جنايته لم يجبر على أكثر من نفسه ، و من أنّه كالحرّ في المطالبة مادامت المكاتبة باقية خصوصاً بالنسبة إلى المولى لأنّ رقّه يمنع استحقاق المولى بمكاتبته لمال الجناية فلايعتبر فيه مناسبة الحرّ ولم يكن الحكم باستحقاق المولى الأرش، وهو ظاهر اختيار المحقّق في الشرايع حيث أطلق الأرش، والأقوى الأول .

ثمّ إذا وفى ما في يده بالأرش ومال الكتابة معاً فقد وفى الحقّين وعتق وإن قصر عنهما أو لم يكن في يده شيء وعجزه المولى وسقط الأرش إذلايثبت للمولى على مملوكه دين ، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي فإنّ الأرش يكون متعلّقاً برقبته .

ولو أعتق المولى المكاتب بدون المكاتبة بعد جنايته أو أبرأ من النجوم فإن لم يكن

---

(١) التهذيب ج١٠ ص١٨٢ ح٩ ، الوسائل ج١٩ ص٦١ ب٣٣ح١٠ .

في يده شيء سقط الأرش لأنّه قد أزال الملك عن الرقبة التي كانت تتعلّق الأرش باختياره ولا مال له غيرها، وفيه وجه آخر أنّه لا يسقط لاستقلال المكاتب وثبوت حقّ المولى في ذمّته، ولأنّ العتق يؤكّد إن كان تعلّق دين المولى به، بخلاف الرقّيّة فإنّها متنافية، و الكتابة المتوسّطة بينهما تسحّ بثبوت دين المولى، فالحريّة أولى.

وإن كان في يده مال ففي تعلّق الأرش به قولان: (أحدهما) لا، لأنّ الأرش كان متعلّقاً بالرقبة وقد تلفت. (والثاني) نعم، وهو أظهرهما، لأنّ الأرش متعلّق بالرقبة وبما في يده، ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً كما لو جنى على أجنبي وأدى النجوم وعتق لو كانت جنايته على طرف المولى فله القصاص كما لو جنى على مملوكه.

وإذا جنى على أجنبيّ عمداً فإن عفا فالكتابة بحالها، وإن كانت الجناية على النفس واقتصّ الوارث كان كما لو مات.

و إن كان خطأً كان له فكّ نفسه بأرش الجناية و لو لم يكن معه مال فللأجنبيّ بيعه في أرش الجناية إلّا أن يفديه السيّد، فإن فداه فالكتابة بحالها. ثمّ إنّ بيعه كلّه في الجناية مع استغراق الأرش لقيمته أجمع وإلّا فيباع منه بقدر الأرش خاصّة وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدى حصّته من النجوم عتق ذلك القدر، وحيث إنّ للمولى أن يفديه من ماله وتستديم الكتابة فعلى مستحقّ الأرش قبوله إن كانت الجناية خطأً، وإن كانت عمداً فالخيار للمجنى عليه كالقن، وعلى تقديم اختياره فداه لا يستلزمه الاستمرار عليه بل له الرجوع عنه و يسلّمه للبيع إلّا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاماً بالفداء لأنّه فوت بالاعتاق والبيع، والتأخير متعلّق حقّ المجنى عليه.

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم المولى فداؤه وإن كان هو القابض للنجوم لأنّه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى.

وإذا جنى عبد المكاتب فإمّا أن يجني على أجنبيّ أو على سيّده وهو المكاتب أو على سيّد سيّده وهو المكاتب فهاهنا أقسام :

(الأول) أن يجني على أجنبي ، فإن كان عمداً وهو مكافٍ له فله القصاص وإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجناية موجبة للمال تعلّق برقبته فتباع فيه إلّا أن يفديه المكاتب .

وهل يفديه بالأرش أو بالأقلّ منه أومن قيمته؟ قولان: فعلى القول بالأول ـ كماهو اختيار المحقّق في الشرايع ـ فإن كان الأرش بقدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقلّ به كما لا يستقلّ بالتبرعات، ثمّ الاعتبار بقيمة العبد يوم الجناية لأنّه يوم تعلّق الأرش بالرقبة .

وفيه وجه آخر وهو الاعتبار بقيمته يوم الاندمال ، بناءً على أنّ ذلك وقت المطالبة بالمال .

و ثالث وهو اعتبارها يوم الفداء لأنّ المكاتب إنّما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه له .

و رابع و هو اعتبار أقلّ القيمتين من يوم الجناية و يوم الفداء احتياطاً للمكاتب وإيفاءً للمال عليه .

و الأوجه آتية كلّها في قيمة المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته هذا في العبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه ، فأمّا من يتكاتب عليه و يبيعه فيها كولده من أمته فليس له أن يفديه بغير إذن السيّد .

(والثاني) أن يجني على سيّده فله القصاص و لا يحتاج إلى إذن السيّد ، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب إذ لم يثبت للمولى على عبده مال.

(الثالث) أن يجني على أجنبيّ فيباع في الأرش، إلّا أن يفديه المكاتب، وإذا جنى على جماعة فإن كان عمداً و كانت الجناية عليهم دفعة بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فلهم القصاص جميعاً،والأرش في الخطأ. ومايوجب

مالاً فإن كان ما في يده وافياً بالجمع كان له الفك، و إلّا تساووا في قيمته بالحصص، هذا إن أوجبنا الأرش بالغة ما بلغت .

وإن أوجبنا الأقلّ من أرش الجنايات كلّها ومن قيمته تحاصّوا فيه بالنسبة، ويستوي الأول والأخير في الأرش .

وفي القصاص مع التعاقب خلاف إلى قولين، أظهرهما مساواته للأرش فيشترك الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول فيكون لمن بعده ، و سيجيء تحقيقه في القصاص إن شاء الله تعالى .

و لو عفا بعضهم قسّم على الباقين ، و لو كان بعضها يوجب القصاص استوفي وسقط حقّ الباقين . ولو عفا على مال شاركهم ، و لو أعتقه المولى أو أبرأه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق ، و إن أدى النجوم وعتق فضمان الجناية عليه وفي الذي يلزمهما من الأرش و الأقلّ الخلاف السابق .

وإذا كان للمكاتب أب وهو رقّه فقتل عبداً له لم يكن له القصاص لأنّه لو قتل ولده لم يكن له قصاص ، فأولى أن لا يثبت للمولد قصاص على الوالد في قتل عبده. ولو كان فيهم ابنه فقتل عبداً فله أن يقتصّ منه، وله أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبد آخر له جناية موجبها المال ، فيه وجهان ، أقواهما العدم لأنّه لا يثبت له على عبده مال والأصل منع بيع الوالد . ووجه الجواز أنّه يستفيد به حصول أرش الجناية. و إذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتصّ فيما يوجب القصاص لأنّه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيّد ، وفيه قول ضعيف بتوقّفه على إذنه . ولو كانت جناية بعض عبيده على بعض خطأً فلا شيء لأنّه لا يثبت له على ماله مال ، ويخالف العبد في ذلك حكم المكاتب ، حيث قد تقدم أنّ له أن يفدي نفسه من سيّده بالأرش لو كان هو الجاني ، و الفارق بينهما كون المكاتب قد خرج عن محض الرقبة وصار له ذمّة ، بخلاف القنّ المحض فإنّه لا ذمّة له بالنسبة إلى المولى .

الثلاثون : لا تصحّ الوصيّة برقبة المكاتب كما لا يصحّ بيعه لأنّ المكاتبة لازمة من جهة المولى فليس له التصرف في رقبته بنقض مكاتبته و لا بمنفعته، فلا تصحّ تلك الوصيّة لأنّها تصرف في تمحّض الرقبة كما لا يصحّ بيعه .

و كما لا تصحّ الوصيّة بعبد غيره فهو محجور عليه في هذا كلّه إلّا أن يحصل ما يوجب فسخها كما لو قال : إن عجز مكاتبي هذا وعاد إلى الرقّ فقد أوصيت به لفلان مثل ما لو أوصى بثمرة نخله وحمل جاريته متجددين بعد الوصيّة . ثمّ إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه، وإنّما يعجزه بالرفع إلى الحاكم الشرعي كما في المجنيّ عليه. و يمكن تقديم الوارث لأنّ الوصيّة له قد شرطت بفسخ كتابته ولم يحصل ذلك الشرط، وهذا كلّه إذا كانت الوصيّة معلّقة على كتابته مطلقاً .

أمّا لو كان قد قيّدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحّتها عجزه في حياته. والعلّامة في التحرير جعل الاطلاق محمولاً على عجزه في حياته وإنّما يكتفي بها بعد موته عند التصريح به وهو غير واضح .

وأمّا الوصيّة بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرة.

كما تصحّ الوصيّة بالحمل المتجدد وإن لم يكن حينئذٍ مملوكاً ، فإن أداها فهي لمن أوصى بها إليه ، وإن عجز فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له .

وهل يملك الموصى له إبراءه عن هذه النجوم الموصى بها أم لا؟ وجهان بل قولان ، أجودهما ذلك لأنّه حيث ملك الاستيفاء ملك الابراء . ووجه العدم أنّ ما ملّكه استيفاء النجوم ولم يملّكه تفويت الرقبة على الورثة بهذا الابراء .

ولو أوصى لواحد برقبته ولشخص آخر صحّت الوصيّتان ، ثمّ إن أدى المال أو ابرىء منه بطلت الوصيّة الاولى ، وإن رقّ بطلت الوصيّة الثانية، لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته ، فإن امتنع وأمهله فالقولان السابقان .

واستوجه العلّامة في التحرير عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث، ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئاً فهو له، ولو اختلف الموصى له بالرقبة والموصى له بالمال في الفسخ عند حصول ذلك العجز وتحقّقه قدم صاحب الرقبة كما يقدم صاحب الرقبة على الوارث ، هذا إن كان كاتبه مكاتبة صحيحة.

أمّا لو كاتبه مكاتبة فاسدة كانت لا أثر لها عندنا كما تقدم الكلام عليه، فإذا أوصى بما في ذمّته لم يصح، لأنّه لم يثبت له بها شيئاً في ذمّته، وإن أوصى برقبته صح كما لو أوصى برقبة عبده القن. نعم لو أوصى بما يقبضه منه صح لأنّ الذي يقبضه منه ملكه بواسطة أنّه كسب مملوكه لا من حيث إنّه مال الكتابة، حتّى لو صرح بالوصيّة بما يقبضه من مال الكتابة لم يصح كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض .

وظاهر إطلاق الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد تلك الكتابة والجاهل به نظراً إلى حقيقة المال وموافقة الوصيّة ملك الموصي. ويحتمل الصحّة في الجاهل لأنّ الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده أنّ ما يأتي به لغو، وقد تقدم في مواضع عديدة من كتاب الهبات أنّ من باع ما وهبه مع فساد الهبة أو باع مال مورّثه معتقداً بقاءه فظهر موته أو أوصى برقبة معتقه فظهر فساد عتقه الخلاف هناك فليراجع، وإن كان الأقوى الفساد.

الحادية والثلاثون: أنّه إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات، وإن جنى على طرفه عمداً وكان الجاني هو المولى فلا قصاص وعليه الأرش، وكذا إن كان أجنبيّاً حراً كان أو مملوكاً ثبت فيه القصاص ، وكلّ موضع يثبت الأرش فهو للمكاتب لأنّه من كسبه .

وتفصيل هذه المسائل وتنقيحها بحسب الدليل هو أنّ المكاتب في الجناية عليه ذو حالات وصور لأنّه إمّا أن يكون على نفسه أو على ما دونها ، ففي الثاني له القصاص إن كانت توجبه ، و ليس للسيّد منعه كالمريض يقتصّ ولا تعترض عليه الورثة ، و المفلس يقتصّ ولا تعترض عليه الغرماء .

وفيه احتمال آخر بالمنع لأنّه قد يعجز عن نفسه فيعود إلى المولى كمقطوع اليد مثلاً بلا جابر ، وعلى الأول فإن اقتص فذاك و إن عفا على مال ثبت المال .

لكن لو كان ذلك المال أقلّ من أرش الجناية أو عفا مجّاناً ففي نفوذه بغير إذن المولى قولان ، أصحّهما النفوذ بناءً على أنّ موجب العمد القصاص لا الدية، وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن له العفو بدون إذن المولى. وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان حيث ثبت المال لما دون النفس من الجناية فهو كسب من المكاتب ، فيستعين به على أداء النجوم لأنّه متعلّق بعضو من أعضائه ، فهو كالمهر تستحقّه المكاتبة بوطئها ولأنّ كسبه له وهو عوض عمّا تعطّل من كسبه بقطع العضو وما في معناه .

و إن كان الجناية نفساً بطلت الكتابة ويموت رقيقاً .

ثمّ إن كانت قاتله المولى فليس عليه سوى الكفّارة ، وإن كان قد قتله أجنبيّ فللمولى القصاص مع المكافاة أو القيمة ويكون له كسبه بطريق الملك لا الارث ولو كان القتل لسراية الجرح ، وإن كان قبل أن يعتق منه شيء وقد أدى الجرح إلى المكاتب وجب عليه أن يكمل القيمة للمولى وإلّا دفع إليه تمام القيمة.

أمّا إذا كان الجاني هو المولى سقط عنه الضمان وأخذ كسبه لأنّه للمولى، وإن كانت السراية بعد ما عتق بأداء جميع النجوم فمع كون الجاني أجنبيّاً يجب تمام الدية على الجاني لأنّ الاعتبار بالضمان بحالة الاستقرار ويرثها من يرث ماله من أقاربه ، فإن لم يكونوا له فالمولى أولى إن ثبت به ، و إن كان الجاني هو المولى ثبت عليه تمام الدية أيضاً ، وهذا بخلاف ما لو جرح عبده القنّ ثمّ أجرى عليه عتقه ومات قبل السراية حيث لا ضمان هنا لأنّ ابتداء الجناية غير مضمون، وها هنا ابتداؤها مضمون ولو حصل العتق بالأداء .

ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً فإنّ الواجب في الابتداء نصف القيمة في مثل اليد ، والتقاصّ إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الابل .

وإذا عفا المكاتب عن المال ولم يصحّح عفوه على مافضل ثمّ عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه أم لا ؟ قولان، أصحّهما نعم لأنّ عفوه وقع لاغياً. ووجه العدم أنّ المانع كان حقّ غيره وقد زال كما لو عمد إلى مال غيره فباعه فضولاً ثمّ ملكه، وهنا أولى بالصحّة لأنّ الأرش ملكه ، فأشبه حينئذٍ تصرف المفلس من الحجر .

ولو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص جزماً، ولو كانت الجناية خطأً لم يثبت له عبده مال .

وإذا جنى عبدالمولى على مكاتبه عمداً فأرادالاقتصاص فللمولى منعه، فلو كان خطأً فأراد الأرش كان له و لم يملك المولى منعه لأنّه بمنزلة الاكتساب ، ولو أراد إبراء توقّف على رضا السيّد ـ وهذا قول الشيخ في المبسوط ـ لبقاء الرقّيّة المقتضية للسلطنة و كونه تصرفاً ليس باكتساب وإلّا تعيّن عليه . وضعّف بأنّ ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غيرالمولى لورودالدليل فيه. واستوجه شهيد المسالك وقوى القول بجوازه لعموم آية القصاص وانقطاع سلطنة المولى عنه .

الثانية والثلاثون : [1] حيث إنّه قد ثبت كون الكتابة لازمة من جهة المولى فليس له التصرف في رقبته ومنفعته، لاتصحّ وصيّته به كما لايصحّ بيعه، كما لاتصحّ الوصيّة بعبد غيره. نعم لو قال في وصيّته : إن عجز مكاتبي هذا وعاد إلى الرقّ بعجزه فقدأوصيت به لفلان صحّ، كما لو أوصى بثمرة نخلته وحمل جاريته المتجددين بعد الوصيّة ، ثمّ إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه وإنّما يعجزه بالرفع إلى الحاكم الشرعي كما في المجنيّ عليه، ويحتمل تقديم الوارث لأنّ الوصيّة له مشروطة بفسخ مكاتبته ولم يحصل الشرط ، هذا كلّه حيث تكون الوصيّة معلّقة على فسخ كتابته مطلقاً .

أمّا لو قيّدها بكونه هوالفاسخ اعتبر في صحّتها عجزه حالة حياته، وجعل

(١) لايخفى أن ما أفاده فى هذه المسألة الى قوله «ويحتمل الفرق لان الجاهل...» ـ آخر الصفحة القادمة ـ هو نفس ما ذكره في المسألة الثلاثين مع اختلاف فى بعض الالفاظ .

العلّامة في التحرير الاطلاق كالتقييد مترتّباً على عجزه في حياته ، وإنّما يكتفى بها بعد موته لو صرح به ، وهذا غير واضح لعدم التبادر عند الاطلاق .

أمّا الوصيّة بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرة ، كما تصح الوصيّة بالحمل وإن لم يكن مملوكاً في الحال ، فإن أداها فهي للموصى له وإن عجز فللوارث تعجّزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له .

وهل للموصى له إبراؤه من النجوم أم لا ؟ قولان أصحّهما ذلك لأنّه يملك الاستيفاء فيملك الابراء ، ووجه العدم أنّه إنّما ملّكه استيفاء النجوم ولم يملّكه تفويت الرقبة على الورثة الحاصل بالابراء .

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر النجوم صحّت الوصيّتان ثمّ إن أدّى المال أو أبرأه منه بطلت الوصيّة الاولى ، وإن رقّ بطلت الوصيّة الثانية ، لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته ، فإن امتنع وأمهله جاء القولان السابقان .

واستوجه علّامة التحرير فيه عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث ولو كان الموصى له بالمال قدقبض منه شيئاً فهو له ،ولو اختلف الموصى له بالرقبة وبالمال في الفسخ عند العجز قدم صاحب الرقبة كما يقدم صاحبها على الوارث .

أمّا لو كاتبه مكاتبةً فاسدةبأحد المفسدات الشرعيّة ـ حيث لاأثر لها البتّة ـ ثمّ أوصى به جاز لأنّه رقّة غير محجور عليه في وصيّته به . أمّا لو أوصى بما في ذمّته لم يصحّ ، ولو أوصى بما قبضه منه صحّ لأنّ كسبه للمولى لامن حيث إنّه مال الكتابة .

وظاهر إطلاق المحقّق والأصحاب بل صريح الشيخ في المبسوط وغيره عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد الكتابة والجاهل به نظراً إلى حقيقة المال وموافقة الوصيّة ملك الموصي. ويحتمل الفرق لأنّ الجاهل بالفساد إذا أوصي بالرقبة فعنده

إنّما يأتي به إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبة أكثر ممّا بقي عليه فهو وصيّة بالنصف وزيادة وللورثة المشتبهة في تعيين تلك الزيادة[1]، والأظهر كون ذلك الزائد على النصف من جملة الوصيّة لا ابتداء عطيّته، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطيّة بل في الوصيّة، و قصاراه أن يكون تعيين الوصيّة مفوضاً إلى الوارث لابهامه .

وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متمولة في نفسها أم يكفي التمول فيها بواسطة انضمامها إلى النصف؟ وجهان، الأظهر منهما الثاني لأنّ التمول إنّما يعتبر في الوصيّة وغيرها عند الاستقلال والانفراد، أمّا مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، وإلّا لجرى عدم الصحّة في الجميع لأنّ إجزاءه تبلغ حداً لا يتمول، والوصيّة هنا مجموع النصف والزيادة، لا بالزيادة وحدها .

ولو قال : ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله فهو وصيّة بجميع ما عليه وزيادة لأنّ ما يزيد على النصف هو نصف الوصيّة فيكون مثله زائد على مجموع المال، فيصحّ فيه ويلغو في الزائد. ومثله مالو قال : ضعوا أكثر ماعليه أوماعليه وأكثر ونحو ذلك .

ولو قال : أكثر ما عليه ونصفه وضع عنه ثلاثة أرباع ماعليه وزيادة شيء، ولايعتبر فيه أن يتمول ويقبل التنصيف الى ما يتمول .

وأمّا توهّم اعتبار تمول الزيادة دون نصفها بناءً على أنّ ما يتمول يصحّ أن يقال له نصف مقيّد به و إن يتمول بخلاف نصف ما لا يتمول فهو فاسد ، لما ذكرناه من أنّ الوصيّة بالمجموع لا بالزيادة منفردة سواء نصفها أم لا .

ولو قال : ضعوا عنه ماشاء أوماشاء من مال الكتابة، فإن بقي منه شيئاً فلا إشكال في الصحّة، وإن شاء الجميع ففيه خلاف، فالشيخ في المبسوط على أنّه لا يصح أمّا في الثاني فواضح لأنّ «من» للتبعيض ، فكأنّه قال في وصيّته : ضعوا عنه بعض مال الكتابة ، وأمّا في الأول فلأنّ «من» وإن لم تكن ظاهرة لكنّها مقدرة ، فإنّ

(١) كذا في النسخة، ولعل الصحيح «وللورثة تعيين تلك الزيادة المشتبهة» .

المعنى ضعوا من كتابته ماشاء .

وفيه نظر . لأنّ تقدير «ماشاء من مال الكتابة» بمعنى التبعيض محتمل للتبيين فيصحّ تعلّقها بالجميع . نعم يمكن أن يقال إنّ «من» لمّا كانت مشترك بين التبعيض والتبيين كانت مبهمة فلا تدلّ على أحدهما إلّا بالقرينة كما في كلّ مشترك ، وحينئذٍ فالنقص معلوم على الاحتمالين والجميع مشكوك فيه لقيام الاحتمال فيرجع الأمر إلى معنى التبعيض وإن لم يحمل عليه بخصوصه ، ولو عيّنت القرينة إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير تقدير «من» عمل بها، ولعلّها موجودة في الصورة الاولى بإرادة ما يتناول الجميع .

وتوقّف المحقّق في ذلك بل يظهر منه أنّ الاعتبار بظاهر حال اللفظ ، ولا يتأتّى ذلك لو قال: ضعوا عنه النجوم .

و بالجملة : فصدور هذه الوصايا ممّن لم يكن له تعمّق في علم العربيّة يبعد هذه الاحتمالات ويتعيّن الحمل على ما هو المتعارف بين العوام. والفروع في هذا المقام كثيرة ، وإطالة البحث عنها ممّا تطول به المؤلّفات مع كونها غير منصوصة ، فلنقتصر على هذا القدر منها على أنّ أكثرها فروع العامّة قد استحسنها الشيخ في المبسوط وجرى على وتيرة جماعة من متأخّري علمائنا .

الثلاثة والثلاثون : إذا أوصى بعتق المكاتب فمات وليس له سواه ولم تحلّ مال الكتابة يعتق ثلثه معجّلاً ، ولا ينظر بعتق الثلث حلول مال الكتابة كما عليه بعض الشافعيّة لأنّه إن أدى حصل للورثة المال وإذا عجز استرقّوا ثلثه ويبقى ثلثاه مكاتباً، وذلك لأنّ المكاتب إذا أدى مال الكتابة عن الثلثين حصل للورثة المال وهو ضعف ما عتق وهو الذي منع من عتقه عند العامّة ، و إن عجز استرقّوا ثلثيه وهو الضعف أيضاً ، فضعف الوصيّة حاصل على التقديرين وإن لم يكن متعيّن في أحد الأمرين . هكذا أجاب المحقّق عن ذلك .

وتنظّر فيه ثاني الشهيدين في المسالك لأنّ الوارث ممنوع من التصرف فيما

حصل له قبل استقرار الأمر بتعيين أحد الأمرين ، والوصيّة نافذة بغير مانع ،فما أورده العامّة غير منسجم .

وإذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث في المشهور لأنّه معاملة على ماله بماله فجرت المكاتبة مجرى الهبة ، وأمّا على المختار وهو أنّ المنجّزات من أصل المال فلا بحث ولا كلام ، وعلى الأول فإن خرج من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع وينعتق عند أداء المال . وإن لم يكن سواه صحّت في ثلثه وبطلت في الباقي.

وإنّما علّل بذلك لأنّها وإن كانت معاوضة إلّا أنّها بحسب الصورة لا الحقيقة لأنّ كلاًّ من العوض والمعوّض من مال المولى والكسب تابع للمملوك فهي معاوضة على ماله بماله فكانت في معنى التبرع المحض ، فلذلك اعتبرت من الثلث مع عدم الاجازة، بخلاف المعاوضة المشتملة على عوض يدخل في مال المالك من خارج كالبيع بثمن المثل والاجازة إذ ليس فيهما تفويت مال وإن اشتملت على تبديل الأعيان لأنّ المعتبر هو أصل المال دون خصوصيّته ، و بهذا يخالف ما إذا باع لنسية في مرض الموت بثمن المثل حيث يصحّ البيع في الجميع لأنّه لو لم يبع لم يحصل له الثمن ، وهنا لو لم يكاتب لم يحصل له كسبه .

وإذا تقرر ذلك وقلنا بأنّ المنجّزات من الثلث اعتبرت قيمة العبد من الثلث ، فإن لم يملك شيئاً سواه وأدى النجوم في حياة المولى فإن كان مكاتبة له على مثلي قيمته عتق كلّه لأنّه يبقى للورثة مثلاه، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه لأنّه إذا أخذ مائة و قيمته مائة فالجملة مائتان فينفذ التبرع في ثلث المائتين و هو ثلث المائة ، و لو كاتبه على مثل قيمته و قبض نصف النجوم صحّت الكتابة في نصفه،وإن لم يؤدّ حتّى مات السيّد نظر إن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب ، فإن أدى حصّته من النجوم عتق .

ولو زاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل قيمته ففيه وجهان ،ووجه العدم أنّ الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا تعود ، وهذا

الذي جزم به المحقّق ومن تأخّر عنه. ووجه الزيادة زيادة ما صار بيد الوارث فكان لو ظهر دفين للميّت أو نصب شبكة في الحياة فوجد فيها صيد بعد الموت فإنّه يزاد في الكتابة لذلك. والأول أقوى لانطباقه على القواعد الشرعيّة ظاهراً.

المقصد التاسع
في أحكام الاستيلاد

لأنّه أحد الأسباب الموجبة للعتق نصّاً وفتوى، وفيه مسائل:

الاولى: في به يتحقّق و بيان شرائطه المتوقّف تحقّقه عليها، و هو يتحقّق بعلوق أمته منه وهو في ملكه، ويدخل في العلوق ما إذا ولدته تامّاً وناقصاً مضغةً وعلقةً لا نطفةً في الأصحّ لعدم اليقين بكونها مبدأً للنشر واستعدادها للصورة الانسانيّة بخلاف اختيها، واستصحاباً لحكم الأمة الثابت بيقين وفائدة غير الحيّ إبطال التصرف المخرج عن الملك والواقع زمن الحمل وانقضاء المدة من الأمة والحرة من الزوج والشبهة وهي لاتخرج عن الملك مادام سيّدها حيّاً بالنصّ والاجماع.

ففي صحيحة زرارة[1] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن امّ الولد فقال: أمة».

ومثله حسنه[2] كما في الكافي.

وفي مرسل ابن أبي عمير[3] «أنّه سئل عن امّ الولد أيقع عليها سيّدها؟ قال: نعم».

وفي صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع[4] «قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل

(١) الفقيه ج٣ ص٨٢ ح١، الوسائل ج١٦ ص١٢٣ ب١ ح١.

(٢) الكافي ج٦ ص ١٩ ح١.

(٣) التهذيب ج٧ ص٤٨١ ح٣٨، الوسائل ج٦ ص٨٦ ب١ ح٨ وفيها «سئل عن المدبرة».

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٠٦ ح٣٥، الوسائل ج ١٦ ص١٢٣ ب١ ح٢ وفيهما «وهبه لها».

يأخذ من ام ولده شيئاً وهبه له بغير طيب نفسها من خدم أو متاع ، أيجوز ذلك له ؟ فقال : نعم إذا كانت ام ولده» .

الثانية : هل يشترط في تحقق الاستيلاد كون الولد حراً حال العلوق أم لا ؟ الأشهر والأظهر اشتراطه ، بل لم ينقل فيه خلاف لأن الاستيلاد إنما ثبت لها تبعاً لحرية الولد ، وإلى ذلك أشارت الأخبار الآتي ذكرها لقوله عليه السلام في بعضها «جارية أعتقها ولدها» فلو كان مملوكاً إما لكون الواطيء عبداً حالة الوطء والحمل أو باشتراط الرقية في ولد الحر ، وقد وقع الخلاف فيما إذا أولد أمة غيره ولداً حراً بأن تزوجها في حال حريته ولم يشترط الرقية ثم ملكها بعد ذلك عملاً بالأصل ، والشك في السبب بأن الاستيلاد لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد مؤيداً .

ولصحيحة ابن مارد[1] عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج الأمة فتلد منه أولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله و لم تلد منه بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها ، قال : هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتقها

و لا يمنع منه الوطء المحرم لعارض كما لو وطأ الأمة المرهونة عند الغير فحملت صارت ام ولد لوجود المقتضي له وهو علوقها في ملكه وانتفاء المانع إذ ليس إلا كونها مرهونة والرهن لم يخرجها عن ملكه ، وإن حظر عليه التصرف فإن الاستيلاد يجامع الوطء المحرم بالاتفاق كما لو وطأ حالة الحيض والاحرام ووطأ المشتركة .

ومقتضى حكمهم بدخولها في حكم امهات الأولاد تحريم بيعها على المرتهن وذلك في معنى بطلان الرهن ، وهو أحد الأقوال في المسألة ، وبه صرح المحقق في كتاب الشرايع في كتاب الرهن منه لعموم النهي عن بيع امهات الأولاد ، بل

---

(١) التهذيب ج٧ ص٤٨٢ ح١٤٨ ، الوسائل ج٦ ص١٢٥ ب٤ ح١ وفيهما اختلاف يسير.

جاء في صحيحتي محمّد بن مسلم[1] والحلبي[2] جواز وطء الراهن حالة الرهانة لأمته فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ وإن كان له المنع ظاهراً. وقد عمل بهاتين الصحيحتين بعض المحدّثين من مشايخنا وحملها الأكثر على التقيّة.

وفيه قول آخر أنّه لا تبطل الرهانة ويقدم حقّ المرتهن لسبقه، وهذا هو الأقوى، فيصير من المسائل المستثناة من المنع من بيع امّ الولد.

الثالثة : لا يشترط الاسلام في المستولد للعمومات، فلو أولد الكافر أمته لحقها حكم امّهات الأولاد، لكن لو أسلمت قبله تعارض تحريم بيع امّ الولد وتحريم بقاء المسلم في ملك الكافر الموجب لحصول السبيل عليه المنفيّ آيةً وروايةً، فيجب إزالة السبيل عن امّ الولد المسلمة.

وقد اختلف كلام الشيخ وغيره في مزيله، ففي المبسوط: تباع وتكون مستثناة من المنع وهو الذي اختاره المحقّق في الشرايع بل في أكثر كتبه، واختاره العلّامة وإن كان له قول آخر سيأتي ذكره. وقال الشيخ في الخلاف، تجعل عند امرأة مسلمة تتولّى القيام لها جمعاً بين الحقّين لأنّ الاستيلاد مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل، فيجمع بينهما بذلك. وللعلّامة قول ثانٍ أنّها تستسعى لأنّ العتق والحيلولة إضرار بذلك والبيع منهيّ عنه والسبيل واجب الازالة فوجب الاستسعاء، وهذا ممّا يوجب الاكتفاء بالكتابة بطريق أولى لأنّها تقطع تصرف المولى كما مضى بخلاف الاستسعاء، فالأول أقوى لأنّ الحقّ فيه لله تعالى لا للمملوك، فلو رضي ببقائه في ملك الكافر لم يجب إليه.

الرابعة : لا يشترط في الأمة المستولدة أن تكون خالصةً للمستولد بل يثبت الاستيلاد ولو في المشتركة كما تقدم في النكاح وأحكام الأولاد، لأنّ الموطيء لها على تلك الحال لم يكن زنا بل معصية يستحقّ عليها التعزير ويلحق به الولد وتقوّم

---

(١) الكافي ج٥ ص٢٣٧ ح٢٠، الوسائل ج١٣ ص١٣٣ ب١١ ح١.
(٢) الكافي ج٥ ص٢٣٥ ح١٥، الوسائل ج١٣ ص١٣٣ ب١١ ح٢

عليه الام والولد يوم سقط حياً، وتتعلق بها أحكام ام الولد، وكذلك المشتر كان لو وقعا عليها في طهر واحد فأولدها ثم اقرع بينهما فخرج الولد لأحدهما فإنها تكون ام ولد بذلك ويغرم حصة الشريك الآخر من المولد والام.

ففي صحيح أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه‌السلام كما في الفقيه وحسنه كما في الكافي عن أبي جعفر عليه‌السلام «قال: بعث رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله علياً عليه‌السلام إلى اليمن فقال له حين قدم: حدثني بأعجب ماورد عليك، قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤوها جميعاً في طهر واحد فولدغلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فأسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنت نصيبه».

و مرسلة عاصم بن حميد (٢) وصحيح معاوية بن عمار (٣) و خبره عن أبي عبدالله عليه‌السلام «قال: إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً أقرع الوالي بينهما، فمن قرع كان الولد ولده وترد قيمة الولد على صاحب الجارية».

ولا يلزم من ذلك نفي الضمان لقيمة الولد لادعاء كل واحد منهم أنه ولده وأنه لا يلحق بغيره، ولازم ذلك أنه لاقيمة له على غيره من الشركاء، بخلاف ما لو كان الواطيء واحداً فإن الولد محكوم بلحوقه به.

ولما كان من نماء الأمة المشتركة جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم وإلحاقه به لأنا نقول: إن الروايات قد صرحت بذلك فإن صحيحة معاوية بن عمار مصرحة بالغرم في الولد بخصوصه غير متعرض للام، فبطل ما قيل في هذه

---

(١) الكافى ج٥ ص٤٩١ ح٢، الفقيه ج٣ص٥٤ ح١١، الوسائل ج١٨ ص١٨٨ ب١٣ ح٦ وج١٤ ص٥٦٧ ب٥٧ ح٤ وما فى المصادر اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج٦ ص٢٣٨ ح١٦، الوسائل ج١٨ ص١٨٨ ب١٣ ح٥.

(٣) الفقيه ج٣ ص٥٢ ح٤، التهذيب ج٨ص١٦٩ ح١٤، الوسائل ج١٤ ص٥٦٦ ب٥٧ ح١.

الصحيحة من عدم الدلالة بحمل النصيب المضمون للشريك على النصيب من الامّ لأنّه من النصيب الواضح لهم باتّفاق الجميع. وقد عرفت ما فيه بعد ثبوت النصّ المذكور في الولد بالخصوص وإن كانت هذه الرواية الاخرى غير صريحة في الولد بالخصوص. ولا فرق في هذا الوطء الصادر من الشريكين أو من الشركاء بين كونهم عالمين بتحريمه أو جاهلين .

وبالجملة: فحكم كلّ واحد بالنسبة إلى هذا الولد كولده من الأمة الموطوءة المنفردة من حيث الحكم باللحوق و صيرورتها امّ ولد فتلحقها أحكام امّ الولد من العتق وغيره كما سيجيء تفصيله ، وفي هذه الأخبار دلالة على شمول الحكم لأمة الكافر والمسلم كبقيّة أخبار الباب الواردة في امّ الولد فإنّها مطلقة .

الخامسة: قد عرفت ممّا سبق أنّ امّ الولد مملوكة لسيّدها ما دام حيّاً ولا تتحرر بمجرد موت المولى بل من نصيب ولدها كما سيجيء ، لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيّاً إلّا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى ، وفي مواضع مخصوصة تقدم عليها في البيوع بعضها منصوصة وبعضها غير منصوصة، وليس مولاها ممنوعاً من سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه فيجوز له إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام، ولا فرق في جواز بيعها في ثمن رقبتها بين حياته أو بعد موته .

ففي صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أبي إبراهيم عليه السلام «قال: قلت له: أسألك؟ قال : سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الأولاد؟ فقال: في فكاك رقابهن، قلت : وكيف ذاك؟ قال : أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يرد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه بيعت وأدى ثمنها ، قلت : فتباع فيما سوى ذلك من الدين ؟ قال : لا» .

(١) الفقيه ج٣ ص٨٣ ح٦، الوسائل ج١٦ ص١٢٤ ب٢ ح١ وفيهما «ثم لم يؤد ثمنها ــ أخذ ولدها منها وبيعت» .

ومثله صحيحته الاخرى [1] إلّا أنّه قال «أخذ ولدها منها وبيعت».

السادسة: أنّ امّ الولد إذا مات ولدها قبل أبيه فهي أمة لا تنعتق بموت سيّدها ويجوز بيعها باتّفاق.

ويدلّ عليه من الأخبار خبر أبي مخلّد السرّاج [2] «قال: قال أبو عبدالله عليه السلام لاسماعيل وحقيبة والحارث النصري: اطلبوا لي جارية من هذا الذي تسمّونه كذبانوجة تكون معي امّ فروة، فدلّونا على جارية رجل من السرّاجين وقد ولدت له ابناً ومات ولدها، فأخبروه بخبرها فأمرهم فاشتروها، وكان اسمها رسالة فحوّل اسمها وسمّاها سلمى، فزوّجها سالماً مولاه فهي امّ حسين بن سالم».

وفي صحيحة وهب بن عبد ربّه [3] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل زوّج عبداً له من امّ ولد له ولا ولد لها من السيّد، ثمّ مات السيّد، قال: لا خيار لها على العبد هي مملوكة للورثة».

وفي خبر أبي بصير [4] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى جارية يطأها فولدت له ولداً فمات ولدها، قال: إن شاؤا باعوها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها، وإن كان لها ولد قوّمت على ولدها من نصيبه».

ولو بقيت حاملاً حتّى مات مولاها ثمّ ولدت ولو سقطاً انعتقت من سهم ولدها.

ويدلّ على ذلك صحيح محمّد بن مسلم [5] عن أبي جعفر عليه السلام: «في حديث أنّه

---

(١) الكافي ج٦ ص١٩٣ ح٥، الوسائل ج١٦ ص١٢٤ ب٢ ح٢.

(٢) الكافي ج٦ ص١٩٧ ح١٥ وفيه «لاسماعيل حقيبة»، الوسائل ج١٦ ص ١٢٦ ب٥ ح١.

(٣) التهذيب ج٨ ص٢٠٦ ح٣٤، الوسائل ج١٦ ص١٢٧ ب٥ ح٤.

(٤) الكافي ج٦ ص١٩٢ ح٤، الوسائل ج١٦ ص١٢٦ ب٥ ح٢.

(٥) الفقيه ج٣ ص٢٨٧ ح١٢، الوسائل ج١٦ ص١٢٤ ب٣ ح١ وفيهما «عن أبي عبدالله عليه السلام».

قال في جارية لرجل كان يأتيها فأسقطت سقطاً منه بعدثلاثةأشهرقال: هي امّ ولد».

وخبر أبي البختري [1] كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام «قال : إذا سقطت الجارية من سيّدها فقد عتقت» .

السابعة : إذا مات مولى امّ الولد و ولدها حيّ وكان ولدها وارث أبيه وترك ما يقوّم حصّته بثمن امّه جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه، ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها وسعت في الباقي .

وظاهر الأصحاب في أكثر مؤلّفاتهم القطع بهذا الحكم من غير فرق بين كون ولدها صغيراً أو كبيراً ، ولا يتوقّف عتقها على عتق ولدها بصيغة مستقلّة بعد بلوغه أو تميّزه و كونه يحسن الصيغة، نظراً إلى الاطلاق في كثير من الأخبار.

وذهب الصدوق في المقنع ووالده في الرسالة التي عملها لابنه أنّه إذا كان صغيراً قوّمت عليه وحسب ثمنها من ميراثه ، ولا تنعتق بمجرد ذلك التقويم بل تبقى ملكاً لولدها إلى أن يبلغ فيكون هو الذي يعتقها ، فإن مات ولدها قبل البلوغ ورثها وارثه .

واختار هذا المذهب شيخنا صاحب كتاب الأحياء، وتردد شيخنا صاحب كتاب الحدائق في هذا الحكم من أصله لتعارض المشهور وهذه الأدلّة الناطقة بذلك . والأقوى ما اختاره شيخنا صاحب الأحياء وقبله الصدوقان لأنّ الأدلّة الدالّة على ذلك التفصيل أصحّ سنداً وأكثر عدداً ، مع أن عارضها ضعيف الأسناد مطلقاً في المراد بمعزل عن التنصيص قابل للتقييد والتخصيص، أسانيده غير نقيّة قابل للحمل على التقيّة لاجماع العامّة عليه. وها أنا أسوق لك الأخبار من الطرفين لينكشف لك الحقّ من القولين، وإن كان القول المشهور كاد أن يكون إجماعيّاً حيث إنّ الأكثر لم يتعرضوا لما نقلناه عن الصدوقين .

(١) قرب الاسناد ص٧٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٥ ب٣ ح٢ .

فمن أدلّة المشهور مقطوعة يونس [١] «حيث قال في امّ ولد : إن كان لها ولد وليس على الميّت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقيّة ثمنها» .

وخبر أبي البختري [٢] المتقدم عن قرب الأسناد وقد مرّ عن قريب لأنّ فيه «إذا سقطت الجارية من سيّدها فقد عتقت» .

وخبر الوليد بن هشام[٣] «قال: قدمت من مصر ومعي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت : هم أحرار كلّهم ، فدخلت المدينة ودخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر، فقال : ليس عليك شيء، فقلت: إنّ فيهم جارية قد وقعت عليها وبها حمل ، قال : لا بأس ، أليس ولدها الذي يعتقها إذا هلك سيّدها صارت من نصيب ولدها ؟» .

وخبر أبي بصير[٤] المتقدم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إن كان لها ولد قوّمت على ولدها من نصيبه» .

وأمّا الأخبار الواردة بما قلناه من التفصيل فصحيح محمّد بن قيس [٥] المروي في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام أيّما رجل ترك سريّة لها ولد وفي بطنها ولد لها ، فإن كان أعتقها ربّها عتقت ، وإن لم يعتقها حتّى توفّي فقد سبق فيها كتاب الله ، وكتاب الله أحق ، فإن كان لها ولد وترك مالاً جعلت في نصيب ولدها ويمسكها أولياء بها حتّى يكبر الولد، فيكون هو الذي

(١) الكافي ج٦ ص١٩٣ ح٦ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٦ ب٥ ح٣ .

(٢) قرب الاسناد ص٧٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٤ ب٣ ح١ .

(٣) التهذيب ج٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨ ، الوسائل ج١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح١ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج٦ ص١٩٢ ح٤ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٦ ب٥ ح٢ .

(٥) الفقيه ج٣ص٨٣ ح٧، الوسائل ج١٦ص٦٨ ب٥٦ ح٣ وفيهما اختلاف يسير.

يعتقها إن شاء، ويكونون هم يرثون ولدها ماكانت أمة، فإن أعتقها ولدها أعتقت، وإن توفّي عنها ولدها و لم يعتقها فإن شاؤا أرقّوا و إن شاؤا أعتقوا» .

وصحيح عبدالله بن سنان [1] «قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت وله امّ ولد له منها ولد ، أيصلح للرجل أن يتزوجها ؟ فقال : أخبرت أنّ عليّاً عليه السلام أوصى في امّهات الأولاد اللاتي كان يطوف عليهن ، من كان لها ولد فهي من نصيب ولدها ، ومن لم يكن لها ولد فهي حرة ، وإنّما جعل من كان لها ولد من نصيب ولدها كي لاتنكح إلّا بإذن أهلها» .

وفي صحيحة اخرى لمحمّد بن قيس [2] عن أبي جعفر عليه السلام «قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جارية وقد ولدت منه ابنة وهي صغيرة ، غير أنّها تبين الكلام ، فأعتقت امّها ، فخاصم فيها موالي أبي الجارية فأجاز عتقها» .

وفي صحيح آخر له [3] أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل توفّي وله جارية وقد ولدت منه بنتاً» ثمّ ذكر مثل الحديث الأول من غير أن يسنده إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام .

وفي صحيح آخر له [4] كما في التهذيب «قال: قضى علي أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفّي وله سريّة لم يعتقها ، قال : سبق كتاب الله ، فإن ترك سيّدها مالاً تجعل في نصيب ولدها ويمسكها أولياء ولدها حتّى يكبر ولدها فيكون المولود هو الذي يعتقها ، ويكون الأولياء الذين يرثون ولدها ما دامت أمة ، فإن أعتقها ولدها فقد عتقت، وإن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمة ، إن شاؤا أعتقوا وإن شاؤا استرقّوا» .

وحمل هذه الأخبار الشيخ في التهذيبين على ما إذا كان ثمن الجارية ديناً

---

(١) الفقيه ج٣ ص٨٢ ح٣، الوسائل ج١٦ ص١٢٧ ب٥ ح٥ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الفقيه ج٣ ص٨٢ ذيل ح٧، الوسائل ج١٦ ص٥٨ ب٥٦ ح٢ وفيهما اختلاف يسير

(٣) لم نعثر عليه .

(٤) التهذيب ج٨ ص٢٣٩ ح٩٧ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٨ ب٦ ح٢ .

على صاحبها ولم يقض من ذلك شيئاً ، مستدلاً بخبر وهب بن حفص عن أبي بصير[(١)] «قال : سألت أباعبدالله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات ، قال : إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاها وعليه دين قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها ، فإن مات ابنها قبل امّه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة» .

وفيه نظر ، لأنّ تلك الأخبار المتقدمة نصّ في انتفاء الدين ونهوض حصّة الولد بثمن رقبتها ، وأنّها تبقى على الملك لابنها حتّى إلى أن يكبر أو يبيّن الكلام مع حصول التمييز بحيث يجري عليها عتقاً بصيغة مستقلّة تدلّ على عتقها فكيف يجزي فيها هذا التأويل .

وأمّا خبر أبي بصير فهو بالدلالة على نقيض المدعى أشبه لقوله «فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر» على أنّه قد اشتمل على مالم يقل به أحد سوى الشيخ في النهاية و كتابي الأخبار من إلزام الولد بثمن رقبتها وإن لم يترك أبوه شيئاً . ولهذا قال المحقّق في الشرايع مشيراً إلى هذه الرواية في أحكام امّ الولد وفي رواية «تقوّم على ولدها إن كان مؤسراً» وهي مهجورة .

وقال ثاني الشهيدين في المسالك : وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية و في سندها مالا يخفى ، وهي مع ذلك مهجورة العمل عند غير الشيخ في النهاية، وقد رجع عنه في غيرها، فالمذهب عدم التقويم .

والذي يؤيّده ما قلناه ما جاء في الأخبار الدالّة على عتق القرابة بالانتقال إليه بالبيع ونحوه أنّها واردة في الرجل والمرأة و هما لا يقالان إلّا على البالغين فلا يدخل الصغير، ومع ذلك فقد صرحوا بالخلاف، وهنا غفلوا عن الخلاف في امّ الولد .

فتبيّن لك بهذا التحقيق الأنيق أنّ امّ الولد مادام ولدها صغيراً غير مميّز

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣٩ ح٩٨، الوسائل ج١٦ ص١٢٩ ب٦ ذيل ح٤

فهي في حكم الرقّين إلى أن يعتقها الولد .

وأمّا ما جاء في صحيح زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام «قال : سألته عن امّ الولد ، قال : أمة تباع وتوهب وتورث ، وحدّها حدّ الأمة» محمول على ما قبل عتق ولدها لها كما تدلّ عليه هذه الأخبار ، فيجب إرجاع كلّ خبر دلّ على عتقها بمجرد الارث إلى هذا التفصيل حملاً للمطلق على المقيّد والمجمل على المبيّن وليس للتوقّف في المسألة وجه بعد ورود هذه الصحاح الصراح التي قد اعتمدها الصدوقان بمجرد مخالفة الشهرة ، إذ ربّ مشهور لا أصل له .

و العجب من المحدّثين من متأخّري متأخّري علمائنا كمحدّث الوسائل ومحدّث الوافي كيف اعتمدوا جمع الشيخ بين الأخبار وركنوا إلى ذلك المحمل البعيد مع كونهم من هذه الأخبار بمرأى و مسمع و منتد ومجمع ، لكن حسن الظنّ بمن تقدم عليهم أوجب لهم الركون إليهم ، و نحن لا يغنينا التقليد والاتّباع بعد الوقوف على هذه الأخبار الساطعة المنار و ليست مخالفة للاجماع وإن خالفت الاشتهار، فالاعتماد على مضمونها في الفتوى والاحتياط لمالك امّهات الأولاد أن ينجّز عتقها خروجاً من هذا الخلاف، والله العالم بالصواب وإليه المرجع والمآب ، وإنّما بسطنا لسان الأقلام لأنّ هذه المسألة من المهامّ ومن المسائل التي نسجت عليها عناكب الابهام ووقفت دون تحقيقها جياد علمائنا الاعلام ،ونسأل الله الاعتصام والهداية إلى حقيقة الحقّ في الأحكام ومسائل الحلال و الحرام .

الثامنة ، قد تقدم في كتاب الوصايا أنّ السيّد إذا أوصى لامّ ولده بمال فهو من المسائل التي وقع فيها الخلاف بين الأصحاب لاختلاف الأخبار.

فقيل : تعتق في نصيب ولدها كسائر امّهات الأولاد التي لم يوص لهم بشيء ويعطى الوصيّة أجمع .

(١) الكافي ج٦ ص١٩١ ح١ ، الوسائل ج١٦ ص١٢٣ ب١ ح١ .

وقيل : تعتق من الوصيّة فإن فضل منهما شيء عتق من نصيب ولدها ، وإن نهضت به الوصيّة وزادت دفع إليها . والأخبار الواردة في المسألة أكثرها صريح فيما ذهب إليه الصدوق من عتقها من الثلث ودفع الوصيّة إليها .

ففي صحيح البزنطي [١] «قال : نسخت من كتاب بخطّ علي عليه السلام : فلان مولاك توفّي ابن أخ له و ترك امّ ولد له فأوصى لها بألف ، هل تجوز الوصيّة ؟ و هل يقع عليها عتق ؟ وما حالها ؟ رأيك فدتك نفسي ، فكتب عليه السلام : تعتق من الثلث ولها الوصيّة» .

وصحيحة أبي عبيدة [٢] «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل كانت له امّ ولد وله منها غلام ، فلمّا حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو أكثر ، للورثة أن يسترقّوها ؟ فقال : لا ، بل يعتق من ثلث الميّت وتعطي ما أوصى لها به» .

وخبر الحسين بن خالد الصيرفي [٣] عن أبي الحسن الماضي عليه السلام «قال : كتبت إليه في رجل مات وله امّ ولد وقد جعل لها شيئاً في حياته ثمّ مات ، قال : فكتب لها ما أثاب به سيّدها في حياته» .

ومرسلة محمّد بن يحيى [٤] عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «في امّ الولد إذا مات عنها مولاها وقد أوصى لها : قال : تعتق من الثلث ولها الوصيّة» .

وليس في الباب ما يعارض هذه الأخبار موافقاً لمذهب المشهور من عتقها من مال الوصيّة ودفع الباقي إليها أو عتقها من مال الولد ودفع الوصيّة إليها سوى ما

---

(١) الكافي ج٧ ص٢٩ ح١ ، الوسائل ج١٣ ص ٤٦٩ ب٨١ ح١ وفيهما « بخط أبي الحسن عليه السلام ــ ام ولد له ليس لها ولد» .

(٢) الكافي ج٧ ص٢٩ ح٤ ، الوسائل ج١٣ ص٤٧٠ ب٨٢ ح٤ .

(٣) الكافي ج٧ ص٢٩ ح٢ وفيه «ما أثابها به»، الوسائل ج١٣ ص٤٦٩ ب٨٢ ح٢ وفيه «ما أمر سيدها» .

(٤) الكافي ج٧ ص٢٩ ح٣، الوسائل ج١٣ ص٤٧٠ ب٨٢ ح٣ وفيهما «عمن ذكره عن أبي الحسن ــ تعتق في الثلث» .

وجد في كتاب العبّاس [١] مرسلاً «قال: تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به» وهو خبر ضعيف غير معتدٍّ به موافقاً لمذهب العامّة.

وبالجملة: فقول الصدوق هو أقوى الأقوال الثلاثة، ومع ذلك لم يتعرضوا له في الأقوال بل رجّعوا قوله إلى قول المشهور وحملوا أخباره وهو عتقها من الثلث على عتقها من الوصيّة لأنّ الوصيّة من الثلث، ويدفعه تصريحها بأنّ العتق من الثلث والدفع لها كمال الوصيّة، وبهذا تبيّن لك أنّ مذهب المشهور لا مستند له.

التاسعة: إذا جنت امّ الولد خطأً على أحد تعلّقت الجناية برقبتها وعلى المولى فكّها، واختلفوا بماذا يفكّها إلى قولين، وكلاهما للشيخ.

ففي المبسوط يفديها بأقلّ أمرين من قيمتها وأرش الجناية لأنّ الأقلّ إن كان هو الأرش فظاهر، وإن كان القيمة فهي بدل العين فيقوم مقامها، والجاني لا يجني على أكثر من نفسه، والمولى لا يعقل مملوكه فلا يلزمه الزائد.

وفي الخلاف يفديها بأرش الجناية بالغاً ما بلغ إن لم يسلّمها لتعليقه قيمتها وربما رغب فيها راغب بالزيادة، وهذا هو مختار المحقّق، والأول هو أشهر وأقوى.

للشيخ في المبسوط قول ثالث وهو المنصوص أنّ أرش جنايتها على سيّدها لمنعه من بيعها بالاستيلاد، ويدلّ عليه خبر مسمع بن عبدالملك [٢] عن الصادق عليه السلام «أنّه قال: امّ الولد جنايتها في حقوق الناس على سيّدها، ومتى كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإنّ ذلك على بدنها ويقاصّ منها للمماليك». وعليه المعتمد لأنّ ذينك القولين ليس لها مستند سوى الاعتبار وهو لا يعارض الأخبار.

العاشرة: قد جاء في صحيحة محمّد بن قيس [٣] عن أبي جعفر عليه السلام « في وليدة

(١) الكافي ج٧ ص٢٩ ذيل ح٤، الوسائل ج١٣ ص٤٧٠ ب٨٢ ح٤.
(٢) التهذيب ج١٠ ص١٥٤ ح٥١، الوسائل ج١٨ ص٥٨٧ ب١٤ ح٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٣) التهذيب ج١٠ ص١٤٣ ح٢٨، الوسائل ج١٨ ص٥٥٠ ب٤ ح٥ وفيهما اختلاف يسير.

نصرانيّة فأسلمت عند رجل فأولدت لسيّدها غلاماً ثمّ إنّ سيّدها مات فأصابها عتاق السريّة فنكحت رجلاً نصرانيّاً دبرانيّاً فهو العطار فتنصّرت ثمّ ولدت ولدين وحملت آخر، فقضى فيها أن يعرض عليها الاسلام فأبت، قال: أمّا ما ولدت من ولد فإنّه لابنها من سيّدها الأول، وأحبسها حتّى تضع مافي بطنها، فإذا ولدت فاقتلها».

وهي رواية شاذة قد اشتملت على أحكام مخالفة للقواعد لأنّ استراق أولاده لابنها من المسلم لاتنطبق عليه قاعدة، وقتل المرأة في الارتداد غير ثابت في مذهبنا ولهذا قال الشيخ في النهاية: إنّها تجرى عليها أحكام الارتداد وينفى ولدها على الحريّة، وكأنّه مطرح لهذه الرواية بالكلّيّة فتقتصر على محلّها، ولا يتعدى حكمها لغيرها كما هو شأن القضايا الجزئيّة الواردة في كتاب القضاء عن أمير المؤمنين عليه السلام.

تمّ الجزء الأول من «عيون الحقائق الناظرة في تتمّة الحدائق الناضرة»

حسب تجزئتنا بحمدالله ومنّه

وسيليه ـ إن شاء الله ـ الجزء الثاني منه أوله «كتاب الاقرار»

سائلين الله عزّ شأنه أن يوفّقنا لنشر أحكامه

بحقّ سيّدنا محمّد وآله

فهرس الجزء الاول من كتاب عيون الحقائق

كتاب العتق